

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Especialização em Direito

Ricardo Lisboa Rosa

**REFLEXÕES SOBRE A PROVA NO PROCESSO JUDICIAL DIALÓGICO
PREVIDENCIÁRIO A PARTIR DO PARADIGMA DA ATIVIDADE INSALUBRE DO
SAPATEIRO**

Belo Horizonte
2014

Ricardo Lisboa Rosa

**REFLEXÕES SOBRE A PROVA NO PROCESSO JUDICIAL DIALÓGICO
PREVIDENCIÁRIO A PARTIR DO PARADIGMA DA ATIVIDADE INSALUBRE DO
SAPATEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação
em Direito da Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção
do título de especialista em Direito Processual.

Orientadora: Renata Andrade Gomes

Belo Horizonte
2014

Ricardo Lisboa Rosa

**REFLEXÕES SOBRE A PROVA NO PROCESSO JUDICIAL DIALÓGICO
PREVIDENCIÁRIO A PARTIR DO PARADIGMA DA ATIVIDADE INSALUBRE DO
SAPATEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação
em Direito da Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção
do título de especialista em Direito Processual.

Renata Andrade Gomes (Orientadora) – PUC Minas

Bruno Augusto Santos Oliveira - Professor convidado

Belo Horizonte, 7 de junho de 2014.

*Minha eterna gratidão aos amados pais
pela sabedoria transmitida,
especialmente ao pai Ricardo, que acaba
de partir.
À querida filha Ana Luísa, que acaba de
chegar ao mundo.*

AGRADECIMENTOS

Aos ilustres professores virtuais da PUC MINAS pelos ensinamentos de grande valia nesses vinte meses de curso na plataforma AVA.

Ao colega Jorge pelas dicas filosóficas igualmente valiosas.

RESUMO

O benefício da aposentadoria especial do profissional sapateiro desafia provas do desempenho da atividade em condições insalubres, por meio de documentos disciplinados em lei e determinantes à procedência da pretensão judicial. Mas nem todos os trabalhadores os dispõem no momento da dispensa do emprego e dependem de sua produção no curso da instrução, especialmente da prova pericial indireta realizada por similaridade em empresas do mesmo ramo de calçados. Mal compreendida pelo julgador, referida prova acaba não surtindo o efeito desejado, sob o fundamento de não ser capaz de asseverar as condições reais experimentadas pelos demandantes à época dos fatos. Nesse passo, o presente trabalho propõe suplantar esse desafio e validar a perícia indireta, explicitando que a finalidade da prova no processo dialógico constitucionalizado não é reconstruir historicamente a “realidade” dos fatos, mas construir a verdade sob o ponto de vista argumentativo, a partir de bases discursivas entre os participantes do provimento jurisdicional.

Palavras-chave: prova, perícia indireta, Estado Democrático de Direito, verdade, devido processo legal.

ABSTRACT

The retirement of shoemakers demands proof of the unhealthiness of their labor, which can be done by using legal documents. In spite of this requirement, most of the workers do not have access to these papers by the time they're fired and must prove the unhealthy condition of their activity in Court by means of a similarity indirect report made in some shoe companies. Judges tend not to accept this kind of proof, because they consider it unable to demonstrate the real labor conditions of the claimant. This research intends to surpass the doubt concerning this kind of proof and sustain the validity of the similarity indirect report in a democratic State of Law.

Keywords: proof, indirect report, Democratic State of Law, truth, due process of law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A APOSENTADORIA ESPECIAL.....	12
2.1 O financiamento da aposentadoria especial.....	17
2.2 O agente físico ruído.....	18
2.3 A conversão do tempo especial em comum.....	20
2.4 A insalubridade para fins trabalhistas e previdenciários.....	22
3 A PROFISSÃO DE SAPATEIRO.....	25
4 REFLEXÕES SOBRE A TEORIA GERAL DA PROVA A PARTIR DO CASO PARADIGMA DA ATIVIDADE DO SAPATEIRO.....	29
5 A PERÍCIA JUDICIAL INDIRETA NO PROCESSO DIALÓGICO, COMO MEIO DE PROVA PARA “CONSTRUÇÃO” DA VERDADE.....	51
6 CONCLUSÃO.....	65

1 INTRODUÇÃO

Ao longo desses anos de contato com a matéria previdenciária, notadamente com a aposentadoria especial, foram verificadas inúmeras atividades exercidas em condições prejudiciais à saúde que dariam ensejo ao referido benefício a partir da análise probatória, mas a profissão em particular de sapateiro ganhou destaque justamente: (a) por não estar contemplada no rol de classificação das atividades consideradas nocivas pelos Decretos regulamentadores ns 53.831/64 e 83.080/79, apesar de sua nítida carga insalubre decorrente da manipulação com produtos químicos, como solventes, tolueno, "cola de sapato", além de ruído excessivo e (b) diante da dificuldade dos demandantes em demonstrar a prejudicialidade do ofício para fazerem jus à prestação, em razão do encerramento das atividades das empresas empregadoras, as quais, por lei, são obrigadas a fornecer aos trabalhadores os documentos caracterizadores das funções nocivas. Dificuldade agravada mercê de empresas "infiscalizáveis" de "fundo de quintal", ou até clandestinas, as quais não raro descumprem direitos trabalhistas, que dirá fornecerem laudos, formulários e perfis profissiográficos por ocasião da rescisão contratual.

Nesse passo, em virtude do ônus da prova, no momento do ingresso judicial ou a parte autora dispõe de documentos indicativos do desempenho do labor nocivo ou, munida ao menos de indícios, fica a depender da realização de perícia indireta extemporânea na fase instrutória - a critério do magistrado -, mas que não representa garantia de acolhimento do laudo judicial, tendo em vista sua não vinculação à conclusão do *expert* para formação do livre convencimento (art. 436 do CPC), culminando, por consequência, na improcedência do pedido.

Assim, impôs-se um estudo crítico da teoria geral da prova a partir da penosa ocupação do sapateiro, abordando os indícios, as presunções, as máximas de experiência e a prova judicial indireta colhida por similaridade em indústrias do ramo de calçados do interior de São Paulo, à luz da legislação de regência e das orientações jurisprudenciais.

Houve necessidade, ainda, de uma releitura do conceito de *onus probandi*, a partir de técnicas adotadas pelo julgador como "redução do módulo da prova" e "verossimilhança preponderante". Foram tecidas considerações acerca do acesso à justiça e da importância do papel do processo, enquanto instituição constitucionalizada apta à construção participada da verdade ou aproximada da verdade, visando assegurar ao jurisdicionado o direito ao benefício

de caráter alimentar, em respeito às garantias constitucionais do mínimo existencial, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

O presente trabalho foi dividido, basicamente, em quatro partes: (i) digressão histórica da aposentadoria especial através das sucessivas leis no tempo; (ii) considerações acerca da atividade nociva do sapateiro; (iii) reflexões sobre a teoria geral da prova a partir do caso paradigma da atividade do sapateiro; (iv) a perícia indireta produzida no recinto processual dialógico.

Como objetivo central, o trabalho visa demonstrar, a partir da análise do específico caso do sapateiro das indústrias de calçados do interior de São Paulo, que a perícia judicial indireta, realizada por *expert* da confiança do Juízo, a exemplo da perícia direta, se revela mecanismo legítimo de prova da insalubridade da atividade e funciona como sucedâneo da falta de elementos materiais comprobatórios da função insalutífera no momento do ajuizamento da ação, como formulários-padrão de condições agressivas à saúde, laudos técnicos ou perfis profissiográficos previdenciários. E com isso possibilitar a procedência do pedido veiculado na petição inicial.

Como objetivos específicos, o trabalho procura: (a) a partir de um caso paradigma envolvendo a questão da profissão do sapateiro, ampliar a possibilidade de acolhimento de outros casos com idêntico objeto relacionados ao desempenho de outras atividades nocivas à saúde, superando as dificuldades probatórias; (b) promover uma revisitação do conceito de prova, bem como do ônus probatório em matéria de aposentadoria especial; (c) compreender o processo e o instituto da prova, notadamente da prova indireta, não como instrumentos de convencimento do juiz, o único "autorizado", em nome do Estado, a proclamar o direito no caso concreto, mas sim como veículos para construção racional do provimento jurisdicional de forma participada, a partir de bases discursivas; (d) demonstrar, ainda, que a prova pericial indireta se afigura válida, não propriamente para fins de reconstrução histórica da realidade fática, mas para efeito de construção da verdade no processo constitucionalizado pelo *due process* democrático, assecuratório dos institutos do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade; (e) desmitificar o conceito de verdade formal na reconstrução dos fatos, considerando que a verdade não se desvenda, mas se constrói, frise-se, no processo por intermédio da argumentação.

Em relação à metodologia, foram realizadas pesquisas bibliográficas, a partir da consulta em livros e artigos jurídicos, bem como da legislação processual civil e

previdenciária, além das fontes jurisprudenciais.

O trabalho apresenta caráter descritivo, na medida em que expõe a problemática da ausência de provas no mundo da profissão do sapateiro; e explicativo, quando aponta a origem da ausência de provas pelos trabalhadores de calçados, mas que não os impedem de buscar seu direito na via judicial; ao final, procura-se demonstrar a importância da perícia indireta no processo discursivo para a construção da verdade.

Em síntese, essa a proposta do presente trabalho: o aperfeiçoamento do instituto da prova, conduzido a um novo processo constitucionalizado, enquanto espaço de desenvolvimento de argumentação, em contraditório, entre os sujeitos cognoscentes, visando à edificação da verdade materializada no provimento final e, conseqüentemente, o atendimento do valor supremo da dignidade da pessoa humana.

2 A APOSENTADORIA ESPECIAL

Um dos benefícios mais importantes do direito infortunistico regido pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS), ao lado das prestações de natureza acidentária, e que guarda íntima relação com o exercício de funções insalutíferas disciplinadas pelas normas trabalhistas, decorrência do capitalismo industrial, a aposentadoria especial é espécie de aposentadoria por tempo de contribuição com tempo reduzido de trabalho destinada aos segurados que exerceram atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física. Trata-se, segundo Castro e Lazzari, de “benefício de natureza previdenciária que se presta a reparar financeiramente o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas.” (CASTRO; LAZZARI, 2006, p 574).

A vigente Constituição Federal de 1988 (CF/88) distingue o trabalho normal do prestado em condições insalubres, nos termos do art. 40, §4º, e do art. 201, §1º, e viabiliza a percepção de benefício com contagem diferenciada, justamente como compensação da diminuição da expectativa de vida do laborador e de preservação de sua higidez física.

Historicamente, o primeiro diploma normativo a regular a aposentadoria especial foi a Lei n. 3.807/60 (Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS), cujo artigo 31 prescrevia que “a aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 anos de idade e 15 anos de contribuição, tenha trabalhado durante 15, 20 ou 25 anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos por Decreto do Poder Executivo”. O requisito etário de 50 anos restou superado pela Lei n. 5.440/68, de modo que bastava o adimplemento único do tempo de serviço. Referida lei foi regulamentada pelo Decreto n. 53.831/64, o qual fixou um rol de atividades profissionais consideradas insalubres, perigosas ou penosas e o tempo mínimo exigido (DEMO, 2007).

A propósito, Anníbal Fernandes, citado por Sérgio Pardal Freudenthal (2004), classifica referidas atividades da seguinte forma: insalubres – em contato com agentes agressivos, físicos, químicos, biológicos, como frio, calor, poeira, germes etc; penosas – particularmente desgastantes do ponto de vista da ergonomia; perigosas – trato com produtos inflamáveis, explosivos ou com energia elétrica, excepcionalmente a atividade de vigilância.

Em seguida, com a revogação do artigo 31 da LOPS, a Lei n. 5.890/73 manteve basicamente a mesma redação e incluiu a carência mínima de 5 (cinco) anos de contribuição.

Para sua exequoriedade, sobreveio o Decreto regulamentador n. 83.080/79, denominado Regulamento dos Benefícios da Previdência Social – RBPS, trazendo uma lista de atividades insalubres semelhante à do Decreto de 1964 (DEMO, 2007).

Ressalte-se que tais listas – tanto a do Decreto 53.831 quanto a do Decreto 83.080 – vigoraram de forma concomitante e contemplavam “campo de aplicação” dos elementos nocivos, célula indicativa dos “serviços e atividades profissionais” prestados e “classificação” do serviço em penoso, insalubre ou perigoso. Os róis de agentes degradantes eram exaustivos, mas exemplificativas as atividades desempenhadas pelos segurados. De modo que para o reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial bastava a comprovação do exercício das funções plasmadas nos anexos aos decretos, por meio de carteira profissional do trabalho ou ficha de registro de empregados, por exemplo. O enquadramento dava-se, portanto, por presunção legal.

Dada a impossibilidade de previsão nos anexos de todas as atividades profissionais, as quais, como dito, eram meramente exemplificativas, perícia judicial era admitida para asseverar o tipo de prejudicialidade ostentada pela ocupação (se perigosa, insalubre ou penosa), para fins de enquadramento no direito à aposentadoria especial. A jurisprudência tratou logo de disciplinar a matéria, culminando na edição da Súmula 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos: “é devida a aposentadoria especial se a perícia judicial constatar que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em regulamento.” (BRASIL, 1985).

A Lei n. 8.213/91, em seus artigos 57 e 58, conservou o arquétipo legislativo originário, mas estabeleceu a carência de 15 anos, dispondo que a relação de atividades profissionais agressivas à saúde ou à integridade física seria objeto de lei própria (DEUD, 2005).

Com o advento da Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995, a qual alterou a Lei de Benefícios 8.213, houve significativa mudança conceitual na concessão da aposentadoria especial. O enquadramento com base na presunção de que determinada categoria estaria sujeita a certo e correspondente agente nocivo restou suprimido e o benefício passou a ser deferido em função da comprovação do tempo de labor permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física e da efetiva exposição dos trabalhadores aos agentes químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde (DEUD, 2005).

Tal mudança se deu em virtude de certas aberrações verificadas em relação a segurados que se aproveitavam dos benefícios do enquadramento nos decretos regulamentadores para auferir os proventos da aposentação especial, sem ao menos experimentar as condições insalubres do ofício. Situação bem retratada por Roberto Luís Luchi Demo (2007, p. 3) ao expor: “[...] a partir de 29 de abril de 1995, foi extinto o enquadramento por categoria profissional, dadas as distorções que ocorriam, sendo comum, por exemplo, um engenheiro de minas que nunca entrasse em uma mina aposentar-se após poucos anos de serviço.”

A redação original do artigo 57 da Lei n. 8.213/91 dispunha que: "a aposentadoria especial será devida [...] conforme a atividade profissional"; a Lei n. 9.032/95, por sua vez, estatuiu que: "A aposentadoria especial será devida [...] conforme dispuser a lei".

Os parágrafos 3º e 4º do referido artigo são precisos:

§3º. A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado.

§4º. O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício. (BRASIL, 1991).

Assim, o segurado deveria comprovar, além do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais, a sujeição a agentes físicos, químicos e biológicos. E tal comprovação foi organizada pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) por meio de formulários-padrão, denominados “SB-40/DSS-8030/DIRBEN/8030” (DEMO, 2007, p. 4), de preenchimento obrigatório pela empresa empregadora do segurado. Não havia exigência de laudo técnico, senão para demonstração da exposição aos agentes físicos “ruído” e “calor” acima dos limites de tolerância, que sempre demandaram medições técnicas.

Nesse sentido, é o que se extrai da seguinte ementa:

PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE PERÍODO DE TRABALHO PRESTADO SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS. CONVERSÃO DE TEMPO COMUM EM ESPECIAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. - Até a edição da Lei 9.032/95, havia presunção *iuris et de iure* à asserção "ocupar-se em uma das profissões arroladas nos Anexos da normatização previdenciária implica exposição do trabalhador a agentes nocivos". - Constituíam exceções temporais ao sobredito

conceito situações para as quais "ruído" e "calor" caracterizavam-se como elementos de nocividade. Independentemente da época da prestação da labuta, em circunstâncias desse jaez, para correta constatação da interferência dos agentes em alusão na atividade, sempre se fez imprescindível a elaboração de laudo pericial. Precedentes. - Restou provada, nos moldes exigidos pela lei, e por força dos documentos acostados, especialidade em determinado interstício, lapso que, de per si, é insuficiente a abalizar deferimento de aposentadoria especial. - Convolação de tempo comum para especial. Para todos efeitos, deve ser observada a legislação em vigor quando do exercício da lide da qual se deseja contagem e/ou conversão (observância ao axioma *tempus regit actum*). - Ausência de previsão legal para a conversão desejada, por ocasião em que desenvolvidos os ofícios. - Apelação desprovida. (SÃO PAULO, TRF3, AC: 29070 SP 93.03.029070-4, Rel. Des. Fed. Vera Jucovsky, 2009).

O regime jurídico da atividade especial, positivado originalmente nos citados artigos 57 e 58 da Lei 8.213, restou novamente alterado, dessa vez pela Lei n. 9.528, de 10 de dezembro de 1997, a qual, conferindo eficácia plena às alterações promovidas pela Lei n. 9.032/95, sacramentou a necessidade de demonstração do ofício sujeito a elementos nocivos, por meio da apresentação de formulário padrão, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho (LTCAT), expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. Foram revogados os Decretos 53.831/64 e 83.080/79 e uma nova relação de agentes agressivos foi editada pelo Decreto do Poder Executivo de n. 2.172/97 (SAVARIS, 2012).

Por fim, o advento do Decreto 3.048, de 7 de maio de 1999, possibilitou o reconhecimento da especialidade do ofício até 31 de dezembro de 2003, mediante a juntada de formulário padronizado assinado pelas empresas, com base em laudo para todos os agentes deletérios (DEUD, 2005). E a partir de 1º de janeiro de 2004 houve necessidade da apresentação de documento denominado “Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP”, o qual foi introduzido pelo art. 68, §6º, do decreto mencionado.

Referido documento (PPP) substituiu os antigos formulários de informações sobre atividades com exposição a elementos agressivos e deve ser preenchido pela empresa empregadora de modo individualizado para seus funcionários, trabalhadores avulsos e cooperados, sujeitos a agentes químicos, físicos e biológicos (CASTRO; LAZZARI, 2006, p 582).

A Emenda à Constituição n. 20/98 modificou o artigo 201, §1º, da CF/88, para vedar “a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades

exercidas em condições especiais [...] definidos em lei complementar.” (CASTRO; LAZZARI, 2006, p 580).

Ocorre que até o presente momento, à míngua de edição de lei complementar, permanece em vigor o disposto nos artigos 57 e 58 do Plano de Benefícios da Previdência Social (8.213/91), na redação vigente à data de promulgação da Emenda.

Em suma, diante da sucessão de leis no tempo, o tempo de serviço especial é regulado pela validade da lei à época da prestação do ofício, “por força do princípio *tempus regit actum*¹, passando a integrar, como direito adquirido, o patrimônio jurídico do trabalhador.” (DEMO, 2007, p. 2). Assim, independente do momento da postulação do benefício previdenciário, resta assegurada a incidência da norma ao tempo do fato produzido, que no magistério de José Antonio Savaris:

Assim, por exemplo, na hipótese de uma alteração legislativa superveniente ao cumprimento dos requisitos para a obtenção do benefício, a lei a ser aplicável persiste sendo aquela vigente ao tempo do fato que lhe determinou a incidência (direito adquirido) [...]; independentemente da alteração legislativa quanto à caracterização ou aos meios de comprovação da atividade especial, nosso norte será a legislação vigente ao tempo da prestação do serviço [...]. (SAVARIS, 2012, p. 237-238).

Portanto, funções exercidas até a promulgação da Lei n. 9.032/95, ou seja, até 28 de abril de 1995, bastava o simples exercício da ocupação profissional, de modo a permitir sua subsunção às hipóteses listadas nos anexos dos regulamentos; de 29 de abril até a publicação do Decreto 2.172, de 5 de março de 1997, fazia-se a prova da efetiva exposição por meio de formulário próprio; de 6 de março de 1997 em diante havia necessidade da apresentação de formulário e correspondente laudo técnico:

[...] Síntese que leva em conta o período em que foram exercidas as atividades, de forma a que as modificações da legislação valham sempre para frente, pouco importando o requerimento posterior do benefício, cuidando-se de normas reguladoras dos meios de prova do direito previamente adquirido, atinentes, portanto, à forma, não à matéria. (SÃO PAULO, TRF3, Reex. Nec. 0009188-32.2004.4.03.6119, Rel. Juíza Conv. Márcia Hoffmann, 2013).

1 Princípio esse já aplicado pelo Pleno do C. STF nos casos de pensão por morte, conforme RE 511021/ES: “O benefício previdenciário da pensão por morte deve ser regido pela lei vigente à época do óbito de seu instituidor”.

2.1 O financiamento da aposentadoria especial

Dentro da ideia de responsabilidade pelo risco social, o legislador resolveu criar, por meio da Lei n. 5.316/67, um seguro obrigatório de acidente do trabalho, denominado SAT, - à conta das empresas - em favor dos empregados em geral, destinado à cobertura de eventos resultantes de acidente laboral (CASTRO; LAZZARI, 2006). Até o advento da Lei n. 7.787/89, havia previsão de um adicional fixo de 2% sobre o total das remunerações pagas ou creditadas aos segurados empregados e trabalhadores avulsos, independentemente da atividade da empresa e correspondente grau de risco (CASTRO; LAZZARI, 2006).

Com a edição da atual Lei de Custeio ou Lei Orgânica da Seguridade Social n. 8.212/91, em seu art. 22, inciso II, o adicional passou a observar os percentuais de 1% a 3% de acordo com os riscos inerentes à atividade preponderante e o grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (CASTRO; LAZZARI, 2006).

A Lei n. 9.732/98 introduziu novas modificações no citado artigo 22 e passou a contemplar contribuições a cargo das empresas para o financiamento específico da aposentadoria especial prevista no artigo 57, §§ 6º e 7º, da Lei n. 8.213/91, mediante o acréscimo das alíquotas de 12%, 9% e 6%, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa que permita a concessão de aposentadoria especial após 15, 20 ou 25 anos, respectivamente (DEUD, 2005).

Com efeito, criou-se certa antinomia na aplicação de referidas normas jurídicas, haja vista que tanto o artigo 22 da Lei n. 8.212 quanto o 57, §§ 6º e 7º, da Lei n. 8.213 disciplinaram a mesma situação jurídica, qual seja, o financiamento da aposentadoria especial.

Contudo, a interpretação mais consentânea dos dispositivos foi dada por Andrei Pitten Velloso:

Parece-nos, portanto, que a finalidade da contribuição do art. 22, II, remanesceu inalterada: destina-se a financiar os benefícios acidentários. A aposentadoria especial não é (ou pelo menos não deve ser) financiada pelo SAT, senão pela contribuição adicional prevista nos §§ 6º e 7º do art. 57 da Lei de Benefícios [...]. Provavelmente essa seja a razão de a interpretação que esposamos ter sido acolhida pela Receita Federal, que ao editar a Instrução Normativa 971/2009 separou claramente a contribuição do adicional, assim como cada uma das categorias de benefícios a serem custeados. A contribuição do art. 22, II, financia os benefícios acidentários; e a contribuição adicional, prevista no § 6º do art. 57 da Lei 8.213 custeia a aposentadoria especial [...]. (VELLOSO, 2010, p. 3).

A discussão acerca da validade constitucional da legislação pertinente à instituição da contribuição destinada ao custeio do SAT chegou ao Supremo Tribunal Federal, o qual pacificou o entendimento pela constitucionalidade do art. 22, II, da Lei n. 8.212/91, com a redação dada pela Lei n. 9.732/98, acompanhado pelos demais tribunais federais.

Vejam-se:

Esta Corte possui entendimento firmado pela constitucionalidade do art. 22, II, da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.732/98, o qual estabelece que a contribuição para o custeio do Seguro de Acidente do Trabalho também financiará o benefício da aposentadoria especial. Precedentes. II – Agravo regimental improvido. (BRASIL, STF, Ag. Instr. 809496, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2010).

A constitucionalidade do Seguro de Acidentes do Trabalho (SAT) foi proclamada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF, RE n. 343.466, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 20.03.03) e a legalidade das normas regulamentares igualmente foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, AgRg no REsp n. 438.401, Rel. Min. Franciulli Neto, j. 11.03.03). 2. Nesses julgamentos, ficou assentada a constitucionalidade e a legalidade da contribuição inclusive sobre as remunerações pagas a trabalhadores autônomos, administradores e avulsos, bem como da alteração promovida pela Lei n. 9.732/98 no sentido de destinar parcela da exação para o financiamento da aposentadoria especial (STF, AgRg no RE n. 450.061, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 07.03.06; AgRg no AI n. 809.496, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02.12.10; STJ, AGREsp n. 1.140.217, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.10.09). 3. A norma regulamentar é idônea para definir os graus de risco (grave, médio, leve) em função da atividade preponderante da empresa, sujeitando-a, conforme o caso à alíquota correspondente do Seguro de Acidente do Trabalho (SAT), pois o fato gerador, o sujeito ativo, o sujeito passivo, a base de cálculo e a alíquota encontram-se determinados em lei formal. (SÃO PAULO, TRF3, AMS: 49536/SP 0049536-28.1999.4.03.6100, Rel. Juíza Conv. Louise Filgueiras, 2012).

2.2 O agente físico ruído

Fator de risco dos mais comuns nas demandas que tramitam no Poder Judiciário, e que atinge grande parte dos trabalhadores de indústrias dotadas de maquinários, como as do ramo calçadista, o agente agressivo “ruído” recebe tratamento diferenciado da legislação e especial atenção da jurisprudência pátria. Desde a primeira legislação previdenciária, sempre se exigiu laudo técnico para aferição dos níveis de pressão sonora no ambiente laboral do empregado.

Inicialmente, os níveis de ruído prejudiciais à audição do trabalhador foram fixados pelo código 1.1.6, do anexo ao Decreto 53.831/64, acima de 80 decibéis. Posteriormente, sobreveio o Decreto regulamentador 83.080/79, cujo anexo estabeleceu o código 1.1.5 definindo exposições superiores a 90 decibéis. Os dois decretos passaram a contemplar a

mesma situação jurídica de forma concomitante - os quais, inclusive, restaram validados pelos Decretos 375/91 e 611/92 -, incidindo, em relação ao agente físico ruído, o regramento mais favorável ao trabalhador, com o limite de tolerância em 80 decibéis (FREUDENTHAL, 2012).

O advento do Decreto n. 2.172, em 5 de março de 1997, provocou nova alteração para pior, retornando a insalubridade pela exposição permanente a patamares de ruído acima de 90 dB, a exemplo do decreto de 1979. Pardal Freudenthal comenta que tal equívoco acerca dos limites de tolerância para o ruído:

Não prevaleceu nem mesmo nos tempos da ditadura militar, acolhido no Decreto n. 83.080/79, mas sobreposto pelo Decreto n. 53.831/64, com força de lei [...]. Em tempos democráticos fica inadmissível, enquanto a norma trabalhista aponta a tolerância máxima em 85 decibéis, impor o limite em 90 decibéis, mesmo quando o Direito Social sofre tantas intempéries [...] (FREUDENTHAL, 2012, p. 894).

Por fim, em 18 de novembro de 2003, por meio do Decreto n. 4.882, o Governo Federal resolveu definir os limites toleráveis de sujeição ao elemento ruído para acima de 85 dB, nos mesmos moldes das regras trabalhistas.

Em meio às idiossincrasias acerca dos níveis de ruído considerados prejudiciais à saúde, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, para fins de certificação do direito à jubilação especial, a matéria restou assentada pelos tribunais pátrios do País, de modo que atualmente o segurado que deseja ver computados períodos de atividades em condições insalubres necessita permanecer sujeito a intensidades de ruído acima de: (a) 80 dB até 05.03.1997; (b) 90 dB, de 06.03.1997 a 17.11.2003, e (c) 85 dB a partir de 18.11.2003.

Nesse ponto, não há como deixar de registrar o efeito perverso do fenômeno da padronização decisória nessa específica hipótese envolvendo o agente agressor ruído, conforme denunciado por Gustavo Faria (2012, p. 70), o qual tenta entender a lógica de uma “razão jurisprudencial” na resolução dos conflitos de interesse, como se a “jurisprudência dominante” pudesse atestar cientificamente a prejudicialidade da audição do trabalhador pela quantificação em decibéis conforme a época de prestação do serviço, sendo determinante para o reconhecimento do direito à aposentadoria especial.

Isso porque haverá casos em que o desempenho do ofício deu-se em limites acima de 80 decibéis praticamente a vida inteira laborativa do segurado e, ainda assim, operar-se o “corte”, com o reconhecimento da insalubridade restrito a 05.03.1997, por força de uma

“convenção majoritária” dos tribunais.

Seja como for, o pressuposto para o reconhecimento da natureza insalutífera do ofício é a exposição do obreiro nos patamares descritos nas letras 'a', 'b' e 'c'.

Dispositivo bastante utilizado pelos trabalhadores das indústrias, tanto do setor calçadista quanto dos demais que empregam tecnologia e exploração intensiva de mão-de-obra, o Equipamento de Proteção Individual (EPI) constitui importante aliado à proteção contra os riscos inerentes ao exercício da profissão capazes de ameaçar a segurança e a saúde do operário. Para o elemento físico ruído, adota-se geralmente protetores auriculares com espuma para minimizar o impacto do som produzido pelas máquinas. Porém, seu uso é cabível quando as medidas de proteção coletiva implementadas pela companhia forem insuficientes à atenuação dos riscos de acidentes e contração de doenças profissionais do trabalho (PANTALEÃO, 2014).

A jurisprudência nacional pacificou o entendimento de que o uso de EPIs não neutraliza os efeitos nocivos dos agentes aos quais ficou exposto o segurado durante a jornada laboral, impondo-se o respectivo enquadramento da atividade como especial.

Em relação ao elemento agressivo ruído, nem mesmo a comprovação de que a introdução de dispositivos auriculares reduzia a intensidade do barulho a níveis inferiores aos limites de tolerância deve afastar o reconhecimento da natureza insalubre da ocupação, pois já demonstrado que a exposição por lapsos prolongados produz danos “em decorrência das vibrações transmitidas, que não são eliminadas pelo uso do equipamento de proteção.” (RIO GRANDE DO SUL, TRF4, AC 50142725320104047100, Rel. Taís Schilling Ferraz, 2014).

2.3 A conversão do tempo especial em comum

No contexto, ainda, do desenvolvimento de atividades nocivas e pretensão bastante frequente no âmbito administrativo e judicial, a conversão do tempo especial em tempo comum constitui outra possibilidade aos segurados que não possuem o tempo mínimo necessário para concessão da aposentadoria especial, mas implementam o lapso temporal para fruição da aposentadoria por tempo de contribuição, na base de 30 ou 35 anos de serviço. Representa um *plus* ao tempo de serviço, mediante aplicação de um fator de conversão, dependendo do sexo do segurado.

Estabeleceu-se inicialmente controvérsia acerca do limite temporal para a conversão

do tempo especial em comum. A interpretação da legislação de regência dada por alguns era de que havia limitação para a conversão do tempo e para outros de que inexistiam restrições. Os tribunais cuidaram do tema, consoante digressão histórica do arcabouço legislativo feita no seguinte precedente:

Com a Lei nº 6.887, de 10.12.1980, permitiu-se a conversão do tempo de serviço especial em comum e vice-versa; também a Lei nº 8.213/91, em sua redação original, por meio do § 3º de seu artigo 57; mais adiante, o acréscimo do parágrafo 5º ao artigo 57, pela Lei nº 9.032, de 18 de abril de 1995, expressamente permitia apenas a conversão do tempo especial em comum, vedando a conversão de tempo comum para especial .

Veio a Medida Provisória 1.663-10, de 28 de maio de 1998, e revogou expressamente o § 5º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91, daí que não mais se admitia a conversão de atividade especial para comum. Também assim as Medidas Provisórias 1.663-11 e 1.663-12, mantendo a revogação e nada mais.

Outro rumo deu-se com a edição da Medida Provisória 1.663-13, de 26 de agosto de 1998, que, a par de nela ainda constar a revogação expressa do § 5º do artigo 57 (art. 31), trouxe nova disposição em seu artigo 28, no sentido de que o Poder Executivo estabeleceria critérios para a conversão do tempo de trabalho exercido até 28 de maio de 1998.

Tais critérios surgiram com o Decreto nº 2.782, de 14 de setembro de 1998, que nada mais fez senão permitir que fosse convertido em comum o tempo de trabalho especial exercido até 28 de maio de 1998, porém, desde que o segurado tivesse completado, até aquela data, pelo menos vinte por cento do tempo necessário para a obtenção da aposentadoria especial .

A MP 1.663-14, de 24 de setembro de 1998, manteve a redação do artigo 28, vindo, em 20 de novembro de 1998, a edição da Lei nº 9.711/98, que convalidou os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.663-14, de 24 de setembro de 1998. A Lei nº 9.718 também trouxe o texto do artigo 28, mas não revogou expressamente o parágrafo 5º do artigo 57 da lei nº 8.213/91.

Questão que surgiu, então, dizia respeito à manutenção ou não do parágrafo 5º do artigo 57 da Lei nº 8.213/91, porquanto não revogado categoricamente. Vale dizer, pretendia-se fazer uso da conversão do tempo especial em comum sem o limite determinado pela legislação, isto é, possível a conversão sem restrições, de modo a que o tempo de trabalho especial exercido após 28 de maio de 1998 também pudesse ser convertido em comum. (SÃO PAULO, TRF3, APELREEX 54086, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, 2014).

Com efeito, a imposição de restrições à conversão do tempo de serviço do sofrido trabalhador não se coadunava com os princípios regentes da Constituição Democrática, a qual veda em seu artigo 201, §1º:

A adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral, ressalvados os casos de atividades especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar. (BRASIL, 1988).

E nesse ponto, a Emenda Constitucional n. 20/98 dispôs em seu artigo 15: "Até que a lei complementar a que se refere o art. 201, §1º, da Constituição Federal, seja publicada, permanece em vigor o disposto nos arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213/91, de 24 de julho de 1991, na redação vigente à data da publicação desta Emenda". (BRASIL, 1998).

Consoante explanado acima, até o presente momento não houve a edição de lei complementar conferindo tratamento diferenciado aos trabalhadores sujeitos a condições prejudiciais à saúde ou à integridade física, de modo que remanesce íntegra a redação dos artigos 57 e 58 do Plano de Benefícios. E as regras de conversão do tempo de atividade sob condições degradantes aplicam-se ao labor executado a “qualquer tempo”, de acordo com o artigo 70, com as modificações introduzidas pelo Decreto n. 4.827/2003, do Decreto n. 3.048/99:

Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela:

[...]

§ 1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.

§ 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período. (BRASIL, 2003).

Destarte, a discussão hoje encontra-se superada.

2.4 A insalubridade para fins trabalhistas e previdenciários

Questão tormentosa no âmbito dos processos previdenciários que versam sobre o direito à aposentadoria especial diz respeito à “prova da insalubridade”.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) dispõe sobre a insalubridade nos artigos 189 e 192:

Art . 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977). (BRASIL, 2011, p. 865).

Art . 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e

10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977). (BRASIL, 2011, p. 865).

A insalubridade, segundo João Donadon (2003, p. 14), “diz respeito aos danos causados à saúde do trabalhador pela exposição cumulativa no tempo, onde a probabilidade da ocorrência é quase certa.”

No âmbito do processo trabalhista, a comprovação da insalubridade, para fins de pagamento de adicional na remuneração do empregado, dá-se por meio de laudo técnico, o qual atesta as condições deletérias do ambiente laborativo e o grau de nocividade, sendo determinante para o êxito da prestação jurisdicional ao reclamante. A conclusão do laudo de insalubridade é crucial ao acolhimento da pretensão inicial e efetivação dos direitos sociais constitucionalmente assegurados aos trabalhadores subordinados.

Essa a razão pela qual o processo do trabalho atua em prol dos laboradores desamparados, como instituto concretizador dos direitos sociais previstos no artigo 7º, XXII, da Constituição e do princípio da proteção, que, segundo Carlos Henrique Bezerra Leite (2012, p. 81), “busca-se compensar a desigualdade existente na realidade socioeconômica entre empregado e empregador, naturais litigantes do processo laboral.”

Assim, para efeito de reconhecimento de reflexos trabalhistas, notadamente do adicional de insalubridade, o resultado da perícia se afigura decisivo no processo trabalhista, o que não se verifica no âmbito do processo previdenciário.

Para a Justiça do Trabalho, resta suficiente a constatação - firmada, em regra, por laudo genérico encomendado por sindicatos da categoria ou por iniciativa do próprio empregador - tão somente do grau de insalubridade do ambiente de trabalho para a declaração de direitos trabalhistas, porquanto aproveita grupo indeterminado de trabalhadores que se encontram em mesma situação jurídica e eventualmente postulem direitos na seara trabalhista.

Já a Justiça Comum, especialmente a Federal, é refratária em aceitar laudos produzidos na esfera laboral como prova emprestada, justamente porque carecem de requisitos fundamentais, válidos apenas para o processo previdenciário, em que se discute direito à aposentadoria especial: a habitualidade e permanência das condições do labor atestadas em laudo individualizado, subscrito por profissional legalmente habilitado, isto é, por engenheiro ou médico de segurança do trabalho.

Ademais, para essa jurisdição, o fato de o trabalhador receber adicional de

insalubridade não lhe garante automaticamente a percepção de aposentadoria especial, haja vista serem distintas as “sistemáticas” de cada área. É como trata a jurisprudência:

[...] O adicional de insalubridade decorre de normas trabalhistas e a aposentadoria especial pauta-se por regras específicas de direito previdenciário, as quais não garantem a aposentadoria especial. (RIO GRANDE DO NORTE, TRF5, AC 204493, Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti, 2004).

[...] Laudo pericial inábil a demonstrar efetiva exposição do autor a agentes químicos orgânicos no desempenho da atividade laboral habitual. - São diversas as sistemáticas do direito trabalhista e previdenciário: direito ao adicional de insalubridade não necessariamente acarreta reconhecimento de trabalho especial para fins de concessão de aposentadoria. (SÃO PAULO, TRF3, AC 14419, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, 2013).

Portanto, a falta de entendimento das duas grandes instâncias judiciais – Justiça do Trabalho e Justiça Federal – acerca da definição da insalubridade firmada em laudo, uma por entender bastar a constatação do grau de insalubridade no ambiente laboral, para fins de pagamento de reflexos trabalhistas, e outra por exigir pressupostos específicos de habitualidade e permanência durante a jornada laboral sob condições insalutíferas, para efeito de reconhecimento do direito à aposentadoria especial, repercute de modo negativo no patrimônio jurídico do segurado trabalhador, mormente o profissional sapateiro, que necessita fazer valer seu direito ao benefício, mas encontra barreira na Justiça comum.

3 A PROFISSÃO DE SAPATEIRO

O ofício de sapateiro remonta há 3.200 anos a.C., na Mesopotâmia (atual Iraque), quando já se criavam sapatos de couro adaptados para caminhadas em trilhas montanhosas (HOLTZ, 2009). Sofreu preconceito por parte dos egípcios, que consideravam a profissão pertencente a uma “casta inferior, porque os materiais que usava provinham de animais sacrificados.” (MUSEU..., 2014). Romanos igualmente repudiavam a “associação com homens pertencentes a este ofício e, para não conviverem com eles, havia na antiga Roma um lugar isolado onde os sapateiros, assim como os carneiros e os curtidores, eram obrigados a residir.” (MUSEU..., 2014).

Fato é que a atividade, considerada uma arte, pois ligada ao domínio da técnica de modelagem e confecção (MALATIAN, 2014), resistiu através dos tempos e foi o meio de sobrevivência de uma geração, sendo o ofício passado de pai para filho. Teresa Malatian (2014) assinala que como a família, por tradição, dominava a técnica do ofício, a admissão de trabalhadores externos era restrita. A produção de sapato era realizada em pequena escala, em regra sob encomenda, e o artífice dispunha de tempo para o aprimoramento da peça.

Com o passar do tempo e a partir da Revolução Industrial, a profissão ganha nova conformação. A lógica capitalista impôs adaptação ao ofício, que de artesanal passa para a alta produção.

No Brasil, a indústria de calçados foi uma das pioneiras, que segundo ainda a Professora do Departamento de História da UNESP (MALATIAN, 2014, p. 1), “em seu estágio inicial de artesanato, a produção de calçados esteve associada à atividade curtumeira”, caracterizando-se por “um processo realizado em pequenas oficinas por artífices, voltado para o atendimento do mercado local”. E ainda completa:

Assim como o uso da eletricidade constituiu importante fator de expansão e mecanização da indústria calçadista ao permitir que diversas máquinas trabalhassem ao mesmo tempo e com maior rapidez, as transformações no processo produtivo pela introdução de novas tecnologias intensificaram-se nas primeiras décadas do século XX, dando origem ao sistema fabril. Sua principal inovação foi a mecanização das pequenas unidades produtivas e a introdução de nova e maior divisão do trabalho. Surgiu o novo sapateiro, empregado em uma grande oficina, despossuído dos instrumentos de produção, e, no entanto, ainda conhecedor do saber do seu ofício, isto é, de todas as operações necessárias à confecção do produto. Pouco a pouco, porém, cada sapateiro passou a realizar apenas uma única tarefa específica para que seu trabalho se tornasse mais rápido e eficiente. (MALATIAN, 2014, p. 1).

Com a chegada dos primeiros maquinários próprios à confecção de calçados, importada geralmente da Itália via Porto de Santos, houve a substituição progressiva do antigo artesão, considerado antes um artista, pelo operário assalariado, influenciado pela mentalidade capitalista de produção em larga escala:

Com a introdução de máquinas, o antigo “ofício” foi modificando-se e com ele a identidade do sapateiro que passou a se considerar cada vez menos um artista e cada vez mais um operário, como qualquer outro. A produção foi fragmentada em etapas que simplificaram cada vez mais o trabalho à medida em que as máquinas se tornavam mais complexas. O saber do sapateiro que se identificava com seu ofício foi apropriado pela fábrica. (MALATIAN, 2014, p. 2).

Esse novo paradigma de produção, idealizado pela Organização Científica do Trabalho de Taylor e de Ford nas primeiras décadas do século XX (LOURENÇO, 2009), foi o divisor de águas do desenvolvimento econômico. Frederick Winslow Taylor, engenheiro norte-americano, criou mecanismos para aumentar o ganho de produtividade, como o pagamento-produtividade, artifício de “desmobilização à reivindicação de melhores salários” e “estudos acerca do tempo-movimento com vistas a reduzir o tempo morto.” (LOURENÇO, 2009, p. 59). Henry Ford, por outro lado, respaldado nas ideias de Taylor, introduziu novos modos para tornar mais intenso o ritmo de produção, como o “sistema de linha de montagem” e acreditava que “a vida social tinha forte influência no trabalho, daí a busca pelo maior controle dos trabalhadores.” (LOURENÇO, 2009, p. 59).

De modo que referida organização significou a ruptura aos modelos empíricos calcados na praticidade e na tradição (familiar) para se converter na prática de especialistas, “sustentados pela ciência e pela técnica [...], cujo ideal de aumentar a produtividade atrelava-se ao ideal de um novo tipo de trabalhador.” (GRAMSCI *apud* LOURENÇO, 2009, p. 60).

Ocorre que a lógica global de produção também impôs um repensar na questão da saúde desse novo trabalhador. Não iria tardar o efeito perverso que o ritmo acelerado da produção causaria em sua saúde. Em algum momento a busca frenética pela eficiência produtiva e a acumulação de riqueza nas mãos do empresariado iria desembocar na saúde da massa proletária, quebrando a velha concepção do trabalho como verdadeiro processo de formação humana e “elemento fundante do ser social.” (LOURENÇO, 2009, p. 59).

Em relação ao profissional sapateiro, premidos pela elevação da produtividade e dos ganhos ditados pelo mundo capitalista, esses trabalhadores passaram a sentir na pele os efeitos

deletérios da profissão, como a intensa exploração, precarização das condições laborais, “intensificação dos ritmos e jornadas de trabalho e alienação com os problemas de saúde [...], principalmente em relação aos adoecimentos contemporâneos de causalidade complexa.” (LOURENÇO, 2009, p. 59). Nesse sentido:

Parte-se do princípio que os agravos à saúde dos trabalhadores são reflexos da Questão Social subjacente a acumulação capitalista e, portanto, da contradição capital/trabalho, marcada, essencialmente, pela contradição da riqueza social, a qual apesar de construída coletivamente, tem o seu controle e usufruto de modo individual. (LOURENÇO, 2009, p. 22).

Com efeito, dentre os vários fatores que concorrem para os agravos à saúde do sapateiro destaca-se o contato com elementos químicos. Tais profissionais são as maiores vítimas do “inimigo químico” cola de sapato, produto comprovadamente cancerígeno, conforme Anexo 13-A da Norma Regulamentadora n. 15 do Ministério do Trabalho.

Franco-Benatti (2011) enfatiza a manipulação com produtos químicos para a confecção dos sapatos, como cola e adesivos para a aderência na montagem dos calçados, além de solventes orgânicos utilizados para a dissolução dessa matéria-prima, como o acetato de etila, acetona, álcool etílico, ciclohexano, metil-etil-cetona, n-hexano, n-pentano, tolueno, xileno etc.

Mesmas considerações tecidas por Peterson de Souza:

Frise-se, neste ponto, que os “sapateiros”, observados nas suas mais diversas funções (cortador, pespontador e colador, por exemplo) sempre trabalham lado a lado em barracões sem qualquer divisão que limite a exposição à cola de sapateiro aos seus usuários diretos. Devido à enorme volatilidade do solvente tolueno (hidrocarboneto aromático) [...], qualquer ambiente fechado em que este produto é utilizado fica contaminado com agentes químicos prejudiciais à saúde que ficam suspensos no ar que se respira [...], inequívoca é a insalubridade presente na atividade de sapateiro [...]. (SOUZA, 2012, p. 33-34).

A exposição ao agente nocivo chumbo constitui outra possível causa aos adoecimentos dos sapateiros. Estima-se que nos anos 80 muitos desses trabalhadores possam ter contraído neoplasias malignas, mercê da manipulação com o mencionado elemento químico, segundo relatos levantando a hipótese do fato do sapateiro levar as tachinhas de pregar o solado à boca.

É o que aponta a pesquisa conduzida por Edvânia Lourenço:

O Engenheiro do Trabalho do GVS, em seu depoimento, lembra do uso de tachinhas à base de chumbo, até os anos de 1980, no processo de confecção de calçados em Franca. Neste processo o trabalhador segurava esse instrumento na boca para facilitar o ato de pegar e pregar a tachinha no solado. Embora seja uma questão pouco conhecida e totalmente alheia às discussões e ações dos serviços públicos, dos debates políticos e, certamente, do meio acadêmico, deve ser reconhecido que se trata de um fato histórico e pode acontecer de ter trabalhadores que desenvolveram problemas de saúde decorrentes do contato com o chumbo e estarem sendo tratados anonimamente sem nenhuma relação com o trabalho, “[...] o problema pode estar mascarado”, como mencionou o entrevistado, visto que os médicos precisam ter visão de saúde do trabalhador para levantar essa problemática. (LOURENÇO, 2009, p. 222).

Em síntese, é inegável os avanços proporcionados pelo desenvolvimento econômico desde a chegada da primeira máquina de costura, tendo a profissão de sapateiro evoluído – do artesanato à produção em larga escala - para fazer frente às necessidades impostas pelo capitalismo. Consequentemente, sobrevieram os adoecimentos, tanto que hoje se pensa no desenvolvimento de políticas públicas voltadas à compensação da saúde desse tipo de trabalhador, paulatinamente espoliada pela “riqueza social”, a qual, embora construída coletivamente, teve (e ainda tem) seu domínio sob as mãos do dono da empresa.

Não obstante, impõe-se igualmente um esquema de proteção social compensatório que garanta a esse profissional a cobertura quando dela necessitar, bem assim um processo constitucionalizado de salvaguarda do valor fundamental da dignidade da pessoa humana.

Eventualmente prejudicado, seja pela voracidade do empregador, seja pela ineficácia desse sistema protetivo previdenciário, caber-lhe-á a judicialização de sua querela, como exercício fundamental do amplo acesso procedimentalizado à jurisdição e na perspectiva do direito probatório.

4 REFLEXÕES SOBRE A TEORIA GERAL DA PROVA A PARTIR DO CASO PARADIGMA DA ATIVIDADE DO SAPATEIRO

A compreensão do direito probatório perpassa pela da garantia fundamental do acesso à jurisdição ou à ordem jurídica justa, insculpida no art. 5º, XXXV, da CF/88. Esta garantia, cuja semente mais fecunda se deve a Mauro Cappelletti, representa a pedra angular da estrutura armada pelo Estado Democrático de Direito, no qual se agregam, segundo Luciano Picoli Gagno (2013, p. 84), outros “valores como liberdade, igualdade material, democracia, justiça, solidariedade e outros tantos preceitos garantidores de liberdades, direitos sociais e políticos [...], pilares sobre os quais se fundam a sociedade e o Estado brasileiros.”

Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco também expõem o conceito de acesso à jurisdição como:

A ideia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, oferece-se a mais ampla *admissão de pessoas e causas* ao processo (universalidade da jurisdição), depois garante-se [...] o *devido processo legal*, para que possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz [...] podendo exigir dele a efetividade de uma *participação em diálogo* -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2000, p. 33).

O direito de provar determinado fato constitutivo, portanto, pressupõe o direito fundamental do livre ingresso ao Poder Judiciário, esfera por meio da qual se desenvolve o devido processo constitucional, que, no magistério do Prof. Rosemiro Pereira Leal, corresponde ao instrumento de:

Garantia (como dever do Estado) de realização desses procedimentos nos planos do direito constituído, mediante instalação do contraditório, observância de defesa plena, isonomia, direito ao advogado, gratuidade de jurisdição [...], condutores dialógicos [...] no espaço político de juridificação (edificação jurídico sistêmica) dessa nova realidade esperada. (LEAL, 2010, p. 60).

Instrumento esse de efetivação discursiva e de construção legítima do provimento jurisdicional pelos seus reais destinatários.

Acesso à jurisdição e processo constitucional democrático são noções importantes que se interligam no novo paradigma de Estado de Direito, pois funcionam como mecanismos de realização da verdadeira igualdade material.

Comentando a evolução do acesso à jurisdição no período contemporâneo, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2000) destaca o resgate da dimensão social do Estado pela nova ordem jurídica e afirma que o modelo legal racionalista, corporificado nas grandes codificações, e que contempla a igualdade meramente formal, utilizando-se de conceitos casuísticos, já não se mostra eficaz, impondo-se sua substituição por um novo padrão que irá buscar a igualdade material e se valer cada vez mais de conceitos jurídicos indeterminados, “exigindo uma atuação mais efetiva dos juízes no controle do poder”, os quais “deixam de simular a mera declaração do conteúdo da lei” (CARNEIRO, 2000, p. 21) para adotar instrumentos técnicos e dogmáticos de interpretação e aplicação da lei.

Essa nova postura do aplicador da lei diante do fato a examinar representa uma das facetas do livre acesso à jurisdição (CARNEIRO, 2000) hodiernamente, que nas palavras de Reale:

A aplicação do direito não se reduz a uma questão de lógica formal. É antes uma questão complexa, na qual fatores lógicos, axiológicos e fáticos se correlacionam segundo exigências de uma unidade dialética, desenvolvida ao nível da experiência, à luz dos fatos e de sua prova. (REALE, 1991, p. 297-298).

Para o desempenho da missão – aplicação do direito -, a visão criadora do aplicador da norma ao fato se afigura fundamental para que “a liberdade e a igualdade saiam do plano teórico, passem do papel para a vida” (CARNEIRO, 2000, p. 25) e atinjam a finalidade social prescrita na Constituição Federal. Hoje se exige o protagonismo da figura ativa de um juiz livre e inovador, como já previa Kelsen:

[...] a vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. Mas também este último é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre [...]. Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais [...]. (KELSEN, 1999, p. 249).

A mesma postura ativa é exigida principalmente nas causas previdenciárias, conforme lembra José Antonio Savaris:

Se há algo de recorrente na afirmação de que no processo civil moderno o juiz não é um mero espectador do processo, mas deve participar ativamente na instrução da causa, com mais razão o juiz previdenciário deve valer-se de seus poderes instrutórios para se aproximar da verdade real (CPC, art. 130). A solução da causa poderá não atender toda expectativa social em ver assegurada a efetividade integral do direito se a instrução do feito for abandonada às partes [...]. Uma participação mais ativa do juiz na busca de provas vai ao encontro do interesse maior também da autarquia previdenciária, que não deve abandonar sua finalidade institucional para em juízo, equivocadamente, jogar-se em uma defesa surda de atos administrativos [...] flagrantemente ilegítimos. (SAVARIS, 2012, p. 96-97).

Em temática probatória propriamente dita, o conservadorismo de alguns magistrados adeptos da Escola Instrumentalista, influenciados por um positivismo de índole normativista, faz com que imponham certo rigor excessivo na análise fático-probatória e um ônus assimétrico às partes em relação a casos levados à sua apreciação, em nome de uma “certeza absoluta”, comprometendo a própria garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional e a perspectiva do novo aplicador da norma. Situação apontada por Gagno, quando critica a rigidez excessiva dos juízes:

Prestigiando uma suposta certeza nessas decisões, mas inviabilizando alguns escopos da jurisdição, deturpando-os em busca de uma verdade intangível, impondo um ônus assimétrico à posição daquele que alega fato constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo de direitos, em benefício daquele que simplesmente se limita a negar a ocorrência dos fatos e a afirmar que não existem ou são insuficientes as provas apresentadas. (GAGNO, 2013, p. 83).

E complementa, ressaltando que:

Existem concepções que atribuem à sentença judicial o caráter transcendental de oráculo e fonte de toda verdade, e confundem justiça com certeza absoluta sobre os fatos que compõem o silogismo judicial, de modo a, muitas vezes, obstar o acesso à Justiça daquelas pessoas que não dispõem de fontes de provas suficientes. (GAGNO, 2013, p. 83).

O causídico capixaba ainda propõe a seguinte reflexão (GAGNO, 2013, p. 85):

Ao se dizer que uma versão não fora provada, fatalmente se prestigiará a versão contrária, entretanto, até que ponto as exigências de farto material probatório e certeza absoluta proporcionam um juízo fático mais seguro, se elas redundam no desprezo à versão mais provável em benefício da menos provável, apenas pelo fato de não se ter alcançado uma certeza absoluta?

E traça um paralelo entre o fundamento da decisão criminal e o do juízo cível. Na esfera criminal, haveria justificativa da assimetria do ônus da prova, uma vez que a tutela em

jogo é do valor liberdade do acusado, sendo razoável o legislador constituinte impor ao responsável pela acusação no processo penal, um “encargo maior e mais pesado que o da defesa”, pois “para a condenação exige-se convicção plena, mas para a absolvição admite-se a dúvida.” (GAGNO, 2013, p. 85), solução representada na máxima *in dubio pro reo*. Por outro lado, no âmbito cível, notadamente no processo previdenciário, não há valor maior que “justifique a contradição a julgamento baseado em probabilidades, sendo, portanto, completamente avesso à razão um julgado que nega a ocorrência de fatos prováveis pela ausência de convicção plena.” (GAGNO, 2013, p. 85), e, por conseguinte, uma solução *pro misero*, cujo princípio - ao contrário do *pro operario* adotado na Justiça do Trabalho – inexistente na esfera previdenciária, não obstante o objetivo social inserto na vigente Constituição.

Essa assimetria é sentida pelos trabalhadores da produção de calçados que procuram o juízo cível previdenciário. Muitos buscam a tutela jurisdicional na expectativa de obterem o reconhecimento do direito à aposentadoria especial (ou sua conversão em tempo comum), em virtude do implemento do requisito temporal de 25 ou 35 anos de serviço prejudicial. Entretanto, deixam de instruir a petição inicial de provas documentais necessárias do desempenho da atividade insalubre, como laudos técnicos, formulários-padrão ou perfis profissiográficos previdenciários (PPPs), em desacordo com os artigos 283 e 333 do CPC e 58 da Lei n.8.213/91. A causa distribuída a um juiz legalista resta fadada ao insucesso, sob o fundamento de que a parte autora não se desincumbiu do ônus que lhe cabia, de demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, impedindo, assim, a formação de um “juízo seguro” acerca dos fatos alegados.

A propósito, insta comentar ser falsa a noção de que a prova serve para alcançar a certeza absoluta dos fatos, ou seja, de que o juiz só se convence da certeza dos fatos mediante um arcabouço probatório consistente, porquanto “a essência da verdade é intangível” (VOLTAIRE *apud* MARINONI; ARENHART, 2012, p. 36) ao ser humano pelas suas próprias limitações sensitivas, de modo que é “[...] impossível atingir-se a verdade sobre certo evento histórico. Pode-se ter uma elevada probabilidade sobre como ele se passou, mas nunca a certeza da obtenção de verdade [...]” (MARINONI; ARENHART, 2012, p. 40).

Retomando, com exceção de trabalhadores contratados por empresas calçadistas responsáveis, que cumprem regularmente as normas de segurança do trabalho e fornecem os documentos certificadores das condições especiais de labor no momento da rescisão contratual, facilitando, assim, o percurso judicial do segurado que busca a proteção social,

outros tantos não contam com a mesma sorte; quando muito, conseguem angariar alguns elementos indicativos do exercício da profissão, como declaração extemporânea de próprio punho do ex-patrão ou o responsável pela contratação, cópia de um laudo genérico padronizado de insalubridade das fábricas de calçados, encomendado pelo sindicato da categoria, ou eventual sentença trabalhista como prova emprestada, os quais contribuem sobremaneira para o julgador solipsista comodamente por fim ao processo, à míngua de comprovação dos fatos articulados, (i) antecipando-se, assim, de um juízo de valoração motivado da prova próprio da fase final decisória e (ii) aproximando-se de um juízo da época da tarifação legal, “onde as provas possuíam valores previamente estabelecidos, vinculando o juiz.” (GAGNO, 2013, p. 85).

O problema da precariedade de subsídios para instrução da causa, notadamente os laudos técnicos, formulários-padrão ou perfis profissiográficos previdenciários (PPPs), decorre não da desídia dos demandantes e sim da negligência das empregadoras, as quais por lei estão obrigadas, mas se recusam a fornecer tais documentos caracterizadores das funções nocivas à saúde do trabalhador contratado. Ou deixam de fornecê-los por força do encerramento das atividades, dificuldade agravada diante da existência de pessoas jurídicas “infiscalizáveis”, de “fundo de quintal”, que abrigam o trabalho informal, as quais não raro descumprem direitos trabalhistas, o que dirá atenderem as obrigações acessórias previdenciárias por ocasião do rompimento do liame empregatício.

Apenas para argumentar, em pesquisa levada a efeito acerca do impacto da implantação da política de saúde do trabalhador no Sistema Único de Saúde (SUS), junto ao município de Franca/SP, Edvânia Lourenço (2009) denuncia a precariedade das condições de trabalho dos sapateiros das “bancas”² de manufatura de calçados, os quais se veem à margem do sistema de proteção social, o que explica a ausência de prova material do ofício insalubre à demonstração do tempo de serviço, conforme exigência do artigo 55, §3º, da Lei n. 8.213/91:

[...] as Bancas são constituídas em momentos de apogeu da produção, geralmente, de março a novembro. Após, esse período, fecham, já que não há serviço. Verificou-se junto as Bancas visitadas que essas nem buscam pela sua regulamentação, devido

2 As Bancas são unidades produtivas (oficinas de trabalho) que prestam serviços à indústria e seu porte é variado: há aquelas que contam com apenas 2 ou 3 trabalhadores de uma mesma família. As de porte médio, que empregam cerca de 15 ou 20 trabalhadores; e as grandes bancas, que podem empregar uma centena de trabalhadores. De forma geral, são especializadas em realizar determinadas tarefas que fazem parte do núcleo principal da confecção do calçado, como o corte, o pesponto etc. No Rio Grande do Sul, essas unidades produtivas são denominadas de ateliers (NAVARRO *apud* LOURENÇO, 2009, p. 182).

à instabilidade de trabalho, assim como não contam com ganhos garantidos, ficam impossibilitadas de arcar com os gastos com a manutenção do pequeno negócio e mesmo com o seu possível fechamento [...]. Nesses ambientes é sempre mais difícil o resguardo dos direitos do trabalho, bem como da política de saúde e segurança dos trabalhadores. Ademais utilizam-se de precárias estruturas e de maquinários obsoletos impondo velhos riscos à saúde dos trabalhadores [...] (LOURENÇO, 2009, p. 183-184).

E adiante enfatiza:

[...] as Bancas de Pespointo e Corte em Calçados [...], na maioria das vezes, essas não têm as suas condições legais de funcionamento regulamentadas, como se pôde observar, durante atendimentos aos trabalhadores, no CEREST, que apesar de lesionados pelo trabalho, não conseguiam ser incluídos nos benefícios previdenciários em decorrência do trabalho desregulamentado e isento de qualquer segurança trabalhista feito nas Bancas [...] (LOURENÇO, 2009, p. 182).

Com efeito, cabe a indagação: como compatibilizar a falta de documentos imprescindíveis à propositura da ação sem prejuízo da garantia do acesso à jurisdição?

Conforme visto no capítulo sobre aposentadoria especial, o trabalhador desejoso comprovar tempo de serviço especial até 28 de abril de 1995, a carteira profissional de trabalho (CTPS) mostra-se suficiente ao reconhecimento do direito ao benefício, pois as funções exercidas até a promulgação da Lei n. 9.032/95 basta a mera descrição da ocupação profissional, de modo a permitir sua subsunção às hipóteses elencadas nos anexos dos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, consoante remansosa jurisprudência. De maneira que, conquanto austero na análise documental, reunindo o segurado, ao menos, uma carteira do trabalho em tais condições – de acordo com o “tempo rege o ato” -, não pode o julgador se furtar do enquadramento requerido, sob pena de ver reformada sua decisão pelo órgão hierarquicamente superior.

Dúvidas poderiam emergir no momento da análise da situação fático-descritiva, porquanto a profissão de sapateiro e funções correlatas não constam no rol dos decretos regulamentadores. Todavia, malgrado a falta de expressa previsão, é permitido o enquadramento da ocupação em virtude da exposição a agentes químicos, ou associação a agentes químicos, em níveis elevados, conforme códigos 1.2.9 (operações em locais com tóxicos inorgânicos capazes de fazerem mal à saúde, como gases, vapores, neblinas e fumos de outros metais) e 1.2.11 (operações executadas com derivados tóxicos do carbono ou hidrocarbonetos aromáticos, como solvente, tolueno, acetona) do Decreto n. 53.831/64, de acordo com precedentes jurisprudenciais.

Por outro lado, imaginando-se um profissional sapateiro contratado irregularmente a partir de 29 de abril de 1995 e, quando dispensado, queira fazer prova da atividade degradante executada ao longo do período de vigência do contrato de trabalho. Como não dispõe, por óbvio, de provas documental e técnica pericial, indispensáveis à aferição da natureza especial da função, caberá ao julgador lançar mão de outros artifícios previstos no ordenamento jurídico, que o auxiliarão na resolução da controvérsia.

Os indícios ou fatos indiciários compreendem um desses pontos de apoio à convicção do juiz. O indício não é considerado prova, mas serve para demonstrar de forma indireta a afirmação do fato direto (MARINONI; ARENHART, 2012); o indício deve ser provado, mas sua prova “[...] não incide sobre fato da causa e sim sobre fato externo, que se liga a algum fato da causa por um raciocínio indutivo lógico.” (MARINONI; ARENHART, 2012, p. 108).

Barbosa Moreira expõe que:

O que o indício tem em comum com um documento ou com o depoimento de uma testemunha é a circunstância de que todos são pontos de partida. Enquanto, porém, o documento ou o testemunho são unicamente pontos de partida, o indício, repita-se, já é, ao mesmo tempo, um ponto de chegada. Não ainda o ponto final; mas um ponto, sem dúvida, a que o juiz chega mediante o exame e a valoração do documento ou do depoimento da testemunha. O indício, para resumir, é ponto de partida em confronto com a presunção, e é ponto de chegada em confronto com a prova documental ou testemunhal. (BARBOSA MOREIRA *apud* MARINONI; ARENHART, 2012, p. 107).

Nesta esteira, forçoso reconhecer como indícios, dependendo de ulterior ratificação no curso da instrução processual, a cópia de laudo genérico padronizado de insalubridade das fábricas de calçados, encomendado pelo sindicato da categoria, bem como a sentença trabalhista que reconhece vínculo laboral e reflexos salariais, como prova emprestada, porque permitem demonstrar indiretamente, por meio de raciocínio lógico, a ocorrência do fato direto individualizado articulado pelo suplicante, qual seja, o de ter exercido atividade insalutífera pelo período que pretende provar. Os indícios, somados às máximas de experiência, darão base de sustentação às presunções.

As presunções, por outro lado, formam outra técnica à persuasão judicial e constituem importante capítulo ao tema da prova. São geralmente classificadas em presunções judiciais, executadas diretamente pelo juiz, e legais (relativas e absolutas), formuladas pelo legislador. As presunções partem da ideia de que o conhecimento de determinado fato pode ser induzido pela verificação de um outro, ao qual normalmente o primeiro está associado (MARINONI;

ARENHART, 2012); no caso das judiciais, constituem o resultado do raciocínio do julgador a partir do contato direto com os indícios apresentados, constituindo mais uma técnica de facilitação da prova. Raciocínio esse denominado “ponte mental hipotética” referida por Marinoni e Arenhart, os quais dão a exata dimensão das presunções:

O conhecimento do fato probando resulta de uma interferência lógica, formulada pelo magistrado a quem é submetida a causa, a partir do conhecimento de outro fato – que se prova nos autos –, ao qual, normalmente, a ocorrência do fato ignorado está ligada. Há, assim, um fato “secundário” (externo à causa de pedir, não pertencente ao material fático da demanda) provado, e, diante da sua ocorrência, extrai-se a consequente existência (ou inexistência) do fato “primário” (pertencente à causa de pedir), em que se tinha, efetivamente, interesse. Esse juízo é possível diante de um critério racional indutivo de normalidade ou de probabilidade lógica da coexistência de ambos os fatos. (MARINONI; ARENHART, 2012, p. 139).

As presunções não são consideradas provas na acepção própria do termo, como meio de prova, a exemplo da documental ou testemunhal, e sim apenas um processo mental que, a partir da afirmação do fato “x”, permite-se chegar à afirmação do fato “y”; não podem ser comparadas com “[...] a atitude da instrução, em que se visa a colher elementos para a formação do convencimento judicial” (MARINONI; ARENHART, 2012, p. 108), pois “nada de novo surge no plano material, concreto, sensível: a novidade emerge exclusivamente em nível intelectual, *in mente iudicis*. Seria de todo impróprio dizer que, nesse momento, se adquire mais uma prova”, mas sim “novo *conhecimento*.” (BARBOSA MOREIRA *apud* MARINONI; ARENHART, 2012, p. 108).

As regras de experiência também constituem outro suporte ao convencimento do magistrado, as quais, segundo os citados professores da Universidade Federal do Paraná (2012, p. 112, 140), “devem incidir sobre os indícios, na formação das presunções [...] como resultado de um processo mental lógico [...] e, sobre as presunções, na formação do juízo sobre o mérito.”

Em suas palavras, discorrem ainda que:

As regras de experiência comum estão nos conceitos e versões que fazem parte da cultura da sociedade em determinado momento e local [...]. São relativas ao conhecimento do juiz em sentido universal, inserido na experiência, e que assim não decorrem do caso concreto ou dos fatos [...]. São imprescindíveis para o juiz valorar as presunções e as provas. Isso quer dizer que as regras de experiência incidem sobre objetos destinados a conferir conhecimento para o juiz solucionar o mérito. As presunções e as provas, assim, são elementos formados no caso concreto, enquanto as regras de experiência permitem ao juiz extrair conclusões a partir delas (MARINONI; ARENHART, 2012, p. 111-112).

Nesse sentido, um juiz dotado de razoabilidade e bom senso (o novo aplicador ativo da norma), irá compreender como fenômeno natural a ausência de elementos para demonstração do exercício de determinada atividade profissional, considerando as características, os costumes de um povo e a realidade socioeconômica de determinada região. E com isso atuar não em favor do demandante hipossuficiente, sob pena de comprometimento de sua imparcialidade, mas em respeito aos princípios norteadores do devido processo legal, enquanto instituição constitucionalizada, e do acesso à ordem jurídica justa, empregando, como técnica de decidir, as máximas de experiência.

É cediço que o município de Franca, por exemplo, hospeda um dos maiores polos produtores de calçados do País que, ao lado da agroindústria canavieira, concentra um sem-número de fábricas, pequenas e médias empresas, bem como bancas de manufatura, que se dedicam preponderantemente ao fabrico e à comercialização de sapatos e contam com mão-de-obra pouco especializada.

Nesse passo, considerando as peculiaridades e o tipo de mão-de-obra empregada na região, a sensibilidade do decisor lhe permitirá raciocinar, em casos envolvendo aposentadoria especial, tratar-se ou de operários da indústria de sapatos ou da frente de trabalho da produção da cana-de-açúcar, encontrando-se autorizado, portanto, a aplicar “as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”, nos termos do artigo 335 do Código de Processo Civil.

A partir, então, da percepção fática desse novo aplicador da norma, atento à realidade socioeconômica que o circunda, estará apto a concluir acerca da existência do fato principal, isto é, da realidade social de cada trabalhador litigante que traz ao seu conhecimento o conflito de interesses relacionado à comprovação do tempo especial, para o fim de obter o bem da vida necessário à sobrevivência.

Nesse sentido, cumpre reproduzir precedente jurisprudencial respaldado em regras de experiência:

Valor fixado para efeito de integração do salário-alimentação. Regras de experiência comum. Princípios do livre convencimento e da persuasão racional. Pela aplicação das regras de experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, conforme permissivo legal do artigo 335 do CPC, cujo conteúdo é aplicável ao caso vertente, por ser decorrência dos princípios do livre convencimento e da persuasão racional, que norteiam o ato decisório do julgador, e considerando a inexistência de prova no conjunto fático-probatório dos autos quanto ao valor das refeições fornecidas à reclamante, entende-se que o valor fixado na origem encontra-se divorciado da realidade, impondo-se sua majoração. (RIO GRANDE DO SUL, TRT4, RO 12332320105040009, Rel. Denise Pacheco, 2012).

As regras de experiência, assim, devidamente aplicadas, “constituíram a premissa maior do silogismo, autorizando o juiz a deduzir, a partir do fato percebido, a existência ou não do fato essencial.” Funcionariam, no mais, como instrumento de indução “e serviriam para legitimar, por meio de dedução, o fato probando.” (CARNELUTTI *apud* MARINONI; ARENHART, 2012, p. 150).

A regra do ônus da prova prescrita no artigo 333 do CPC (ao autor compete provar os fatos constitutivos de seu direito e, ao réu, os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito autoral) - ou como diria Oberto Giacomo: “*As partes, por outro lado, devem não somente alegar, mas também provar os fatos próprios que fundam suas pretensões ou suas exceções, de acordo com a posição que ocupam no processo (autor ou réu): O ônus da prova cabe a quem afirma.*” (GIACOMO, 1998, tradução nossa)³ -, comumente invocada sem muito esforço pelo citado “juiz legalista” como argumento para extinção da ação, recebe novo tratamento no processo contemporâneo.

Revisitada pela chamada teoria dos modelos de constatação, referido dispositivo legal constitui outro aspecto fundamental no convencimento judicial, nas hipóteses em que se discute o direito à aposentadoria especial na perspectiva do acesso à jurisdição. Tal teoria preconiza diferentes graus de convencimento judicial sobre as alegações fáticas, pautando-se de acordo com a natureza do direito material tutelado (GAGNO, 2013) e será voltada ao novo aplicador da norma, na “tentativa de redução da margem de subjetividade existente no livre convencimento motivado.” (GAGNO, 2013, p. 85). Por consequência, a apontada assimetria probatória entre as partes tende a se corrigir, mediante aplicação racional dos novos padrões de constatação.

Durante muito tempo processualistas civis entenderam – pensamento que se estende nos dias atuais - que o fim último do processo era distribuir objetivamente a justiça (MORAES, 2013), pouco importando com a efetiva reconstrução da verdade. Servia o processo apenas como instrumento do exercício da jurisdição. E, no plano probatório, aquele que não lograsse comprovar o direito alegado, tinha a improcedência do pedido em seu desfavor, com base no comando normativo expresso no artigo 333 do CPC, mas com fundamento jurídico na prova acima da dúvida razoável, típica da seara processual penal.

3 Les parties, de leur côté, doivent non seulement alléguer, mais aussi prouver les faits propres à fonder leurs prétentions ou leurs exceptions, conformément à leur position (demandeur ou défendeur) dans l'affaire: *onus probandi incumbit ei qui dicit.*

Esse, aliás, é entendimento adotado com certa frequência nas causas previdenciárias aforadas perante o Poder Judiciário Federal, em que se discute aposentadoria especial de sapateiro. Como afirmado, é usual a deficiência de provas documentais apresentadas com a peça inaugural, consoante determina o artigo 58, §1º, da Lei n. 8.213/91, somente restando ao demandante hipossuficiente sua produção no curso da lide.

Diante desse quadro, após “regular processamento” do feito, com “ampla participação das partes”, o juiz as insta a manifestarem-se sobre eventual interesse na produção de provas, momento em que o réu, INSS, nada pleiteia, por ser desnecessária (artigo 330, I, do CPC), porém, o autor propugna pela elaboração de prova pericial, com profissional nomeado pelo Juízo; formulação essa indeferida sob a justificativa de que “a documentação carreada aos autos embasa plenamente o julgamento da lide”. Em seguida, sobrevém sentença rejeitando o pedido autoral, sob o fundamento de que não conseguiu demonstrar os fatos constitutivos do direito aduzido, com supedâneo legal no artigo 269, I, do CPC.⁴

É de se perquirir, então: qual a utilidade de se conferir oportunidade à parte acerca do eventual interesse na produção probatória, fundada em suposta ampla defesa e contraditório, se o indeferimento do pedido da parte demandante é medida de rigor?

Para os adeptos da Escola Instrumentalista, essa utilidade se resume à pseudo efetividade da prestação “olímpica” jurisdicional, comprometendo a executoriedade dos princípios institutivos processuais do contraditório, da isonomia e da ampla defesa; as partes, neste tipo de processo, funcionam como meros figurantes na expectativa da decisão do órgão julgador, que, como bem pontua Veiga Costa:

Os interessados no bem da vida não só detêm interesses específicos, como estão aptos a argumentar suas ponderações que o direito lhes contempla de forma e modo eficiente, dinâmica e real, e não como “atores coadjuvantes que situam-se no palco” a espera da resposta do decisor, que “oportuniza ou não” a produção de provas, quando na realidade deveriam ser os protagonistas. (COSTA, 2013, p. 11).

Essa dependência na produção de provas nas mãos do julgador não se verifica no marco teórico do processo constitucional, em que a prova não se destina ao seu convencimento, mas funciona como esclarecimento da pretensão deduzida e caminho necessário à construção participada do provimento final.

De todo modo, e invocando as lições de Marinoni e Arenhart (2012), os quais dedicam

4 Fonte: sentença proferida nos autos n. 2011.61.13.001528-2/SP da 2ª Vara Federal em Franca/SP.

páginas sobre o assunto, a lógica da distribuição do ônus da prova não se esgota objetivamente na disposição do artigo 333 do Código de Processo Civil, de maneira que não deve ser vista como uma regra estanque e fundamento padrão de legitimidade da decisão judicial, forjada em preceito maior da Constituição (art. 93, IX), mormente no âmbito da processualidade democrática. É equívoco imaginar que a decisão calcada na regra do ônus da prova se afigura legítima, uma vez que distribui justiça à parte não onerada (no caso, o réu) em detrimento da onerada, a quem efetivamente não logrou demonstrar o direito alegado.

Tem-se na realidade, como dito acima, a antecipação de um juízo de valoração motivado da prova, próprio da fase final decisória, incompatível com a formatação do processo no novo paradigma democrático, que na linha de pensamento de Veiga Costa:

não será o juiz a pessoa legitimada para valorar as provas com base em critérios metajurídicos. Considerando que o provimento jurisdicional deve ser construído de forma participada por todos aqueles juridicamente interessados é que as provas devem ser interpretadas e contextualizadas processualmente a partir de critérios propostos pela Hermenêutica Constitucional, e não através da sensibilidade jurídica e sapiência inata do julgador. (COSTA, 2013, p. 4).

Esse comportamento, inclusive, é bem ilustrado por Lenio Streck, quando ressalta a resistência do juiz positivista à viragem hermenêutico-ontológica:

[...] como é possível continuar a sustentar o positivismo nesta quadra da história? Como resistir ou obstaculizar o constitucionalismo que revolucionou o direito no século XX? Entre tantas perplexidades, parece não restar dúvida de que uma resposta mínima pode e deve ser dada a essas indagações: o constitucionalismo – nesta sua versão social, compromissória (e dirigente) – não pode repetir equívocos positivistas, proporcionando decisionismos ou discricionariedades interpretativas [...] (STRECK, 2010).

Nesta senda, a regra do ônus da prova deve ser vista apenas como um norte ao julgador, o qual, ainda que lançando mão da prova de ofício, chega ao final do procedimento sem convencimento formado de como se passaram os fatos, representando tão somente uma regra de decisão indicativa para ele, juiz, “se livrar do estado de dúvida.” (MARINONI; ARENHART, 2012, p. 170).

Mesma ideia compartilhada por Fernando Rubin:

No processo moderno, tendo o juiz condições de ir em busca, *ex officio*, da verdade, entendemos que só deva julgar com base na regra do ônus de prova em situações excepcionálíssimas, em que após todos os esforços (dos agentes atuantes no feito -

Estado-juiz e partes) não for possível estabelecer grau de certeza suficiente em relação ao direito discutido no processo. Nesse sentir, a famosa disposição do art. 333 deve ser compreendida, restritivamente, como mera regra de julgamento, a ser utilizada em último caso pelo julgador. (RUBIN, 2013).

Ademais, não há raciocinalidade no julgamento com base nesta regra contra a parte autora que demonstrou o fato deduzido com certo grau de probabilidade, mas deixou de convencer o juiz.

A concepção atual de processo é de ambiente em que se admite ampla liberdade probatória das partes, com a participação equitativa dos contendores e ativa do juiz na construção das decisões, “amparadas na maior coincidência possível entre os fatos trazidos aos autos e os ocorridos na vida real” (MORAES, 2013, p. 65); e justamente essa postura ativa do julgador conduz à flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova.

Nesse recinto processual democrático, ganha força a técnica de cognição exauriente para a construção de procedimentos adequados aos casos concretos e a percepção dos limites da matéria cognoscível é fundamental para o juiz conduzir com eficácia o processo, dando a exata dimensão à instrução probatória (MARINONI; ARENHART, 2012).

Ressalte-se que a convicção judicial é resultante da participação direta das partes no processo dialógico de ampla cognição.

Ocorre que, não obstante o esforço dos contendores em demonstrar suas respectivas versões e tentar influenciar o julgador, pode-se chegar ao final desta ação de cognição completa sem uma solução consentânea ao caso.

Conforme afirmávamos no parágrafo sobre a temática probatória, abrindo-o com as proposições levantadas por Gagno (2013), o processo civil moderno trabalha com a ideia de juízo de verossimilhança ou de probabilidade, emprestado do procedimento de cognição sumária (tutela antecipada), como a “saída” para (i) superação da mesma rigidez informada pelo juízo processual penal, em que se busca a certeza absoluta dos fatos e segurança para a condenação e (ii) correção da disparidade de armas entre as partes. Verossimilhança essa atrelada ao conceito de “prova inequívoca”, de acordo com o artigo 273, *caput*, do CPC, a qual deve ser “interpretada no contexto do relativismo próprio do sistema de provas [...] como uma prova que [...] aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade.” (ZAVASCKI, 2008, p. 79-80).

Nessa linha, mesmo em um procedimento de cognição exauriente, como o ordinário, é possível se chegar a um modelo de convicção de verossimilhança ao final, para o qual,

segundo Simone Trento (2013, p. 164), “basta uma alta probabilidade ou até mesmo uma probabilidade prevalecente”.

Nesse sentido é o que propõem as teorias sueca, de Per Olof Ekelöf, e alemã, de Gerhard Walter. Para a primeira, a regra do ônus probatório assume pouca importância no contexto processual, tanto como mecanismo de distribuição entre as partes quanto como regra de juízo, mas funciona como uma verdadeira “régua” que apontaria a parte vencedora (MARINONI; ARENHART, 2012). O litigante que lograsse pender a régua para seu lado, ainda que a partir de um indício mínimo razoável de prova, deveria ser declarado o vencedor do litígio, momento em que prevaleceria o critério da “verossimilhança preponderante” ou a posição mais próxima da verdade. Ou seja, o destino da ação estaria nas mãos do contendor que conseguisse demonstrar, ainda que minimamente, a verossimilhança de sua versão à razão de “51%”, permitindo, assim, um “julgamento mais racional e mais bem motivado que aquele que, estribado na regra do ônus da prova, considerasse a alegação como não provada.” (PATTI *apud* MARINONI; ARENHART, 2012, p. 326).

Para a segunda teoria é concebido um modelo de constatação único, que poderia ser reduzido em casos de difícil elucidação, em decorrência, segundo Walter, da exigência do próprio direito material discutido, “como uma espécie de manifestação de princípios de direitos sociais” (GAGNO, 2013, p. 86). Porém, Walter sugere a aplicação da redução do módulo probatório a um agrupamento de casos, não taxativos, de acordo com sua natureza e conforme a dificuldade em se demonstrar a causalidade, principalmente nas hipóteses envolvendo apuração de responsabilidades, como: enfermidades profissionais, acidentes do trabalho, lesões pré-natais, casos de refugiados e de vítimas do nazismo, casos de seguro, trabalho perigoso etc.

Para o desenvolvimento de sua teoria, o processualista alemão compara a convicção judicial adotada no processo penal da utilizada no processo civil, empregando o seguinte raciocínio, nas palavras de Marinoni e Arenhart:

Se a presunção de inocência que emana do princípio do Estado de Direito não pode ser desvirtuada apenas por se muito verossímil a culpabilidade do acusado, o princípio do Estado Social seria invalidado se, para a prova de um acidente de trabalho ou do direito a uma pensão, fosse exigido o mesmo grau de certeza que no processo penal. Nessa linha, conclui que, quando se determina o “módulo da prova”, não há como deixar de levar em conta a matéria subjacente ao direito processual, sob pena de os fins do próprio direito material serem desvirtuados, ou ainda de se entrar em choque com outros importantes princípios do direito. (MARINONI; ARENHART, 2012, p. 91).

De maneira que, para o autor tedesco, não se afigura viável transplantar o mesmo fundamento “de certeza” adotado no processo penal para a esfera civil, na qual não se discute medida restritiva de liberdade, pois uma condenação injusta no cível apresenta o mesmo grau de repulsa pelo sistema e pela sociedade que uma impropriedade injusta (GAGNO, 2013).

Calamandrei, citado por Gagno (2013), também já preconizava o julgamento final pela técnica da verossimilhança, mas apenas em último caso, após esgotados todos os meios possíveis de prova; daí o traço distintivo entre sua teoria e a da preponderância de provas, na qual, desde o início “já se saberia que o julgamento final poderia se fundar num juízo de probabilidade” (GAGNO, 2013, p. 89), ainda que não produzidas todas as provas permitidas.

Em relação à tese sueca, há quem sustente, malgrado a possibilidade de acolhimento da versão mais verossímil no caso concreto, a inviabilidade de se medir, em termos matemáticos, a graduação de uma prova ou de um conjunto de provas, como se, por exemplo, o julgador contemplasse passivamente “com algum equipamento de medição” o efeito da gravidade em uma gangorra; a parte que conseguisse pender ligeiramente a gangorra para seu lado, sagrar-se-ia vencedora da disputa, atuando o juiz no papel de mero árbitro de um jogo, sem necessidade de ser persuadido.

Os críticos da ideia alemã, por outro lado, defendem sua aplicabilidade somente em casos estritos (difíceis), imprevisíveis pelo legislador, não como regra geral; sustentam, ainda, a falta de critério na escolha do “grupo de casos”, questionando a justificativa de se exigir a um determinado grupo prova da “verdade” e para outro prova de “verossimilhança”, numa reaproximação ao sistema tarifado de provas, uma vez que, segundo Trento, “é preciso buscar critérios, não enquadramentos” (TRENTO, 2013, p. 164); ademais, não deveriam preponderar as “dificuldades do caso concreto” para redução do módulo probatório, mas sim os interesses contrapostos na querela judicial, em respeito à isonomia.

Críticas a parte, não há negar a contribuição positiva da importação de tais modelos ao direito brasileiro, tanto que já assimilados pela jurisprudência pátria, baseadas fundamentalmente na maior racionalidade no julgamento e voltadas, como assinalado, ao novo aplicador da norma, na tentativa de redução da margem de subjetividade que permeia o livre convencimento motivado. Taruffo, citado por Gagno (2013), bem coloca tratar-se de modelos de constatação cíveis puramente racionais, baseado na razão, que induzida por um juízo de probabilidade, culmina na veracidade de determinada versão em detrimento da outra.

Tamanha a importância de tais propostas teóricas, como dito, que as Cortes de Justiça do País trataram de incorporá-las em seus julgados, consoante se vê da decisão abaixo, exarada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (grifo nosso):

[...] No caso, a dificuldade reside na comprovação de qual era o nível de ruído suportado pelo autor, pois, como se observa pela descrição das atividades, ele não permanecia em um setor específico ou trabalhava com uma máquina específica, mas se deslocava por todos os maquinários relacionados à fiação, de acordo com a demanda de serviço.

Tendo em conta essa circunstância, penso que estamos diante de um fato cuja certeza de convencimento é inalcançável, ou seja, de objeto que não pode ser totalmente descoberto: estabelecer com precisão qual era, afinal, o nível de ruído ao qual o autor estava exposto em sua jornada de trabalho.

Porém, o fato de não ser possível estabelecer um nível de ruído constante não impede que o autor comprove o exercício de atividade especial. Do contrário seria impor desarrazoado prejuízo ao segurado, que inegavelmente estava exposto a ruído elevado mas que, por desídia do empregador e tomador de mão-de-obra, não possui meios de demonstrar quando trabalhou em cada setor e por quanto tempo durante sua jornada de trabalho se estendeu cada atividade.

Fere o bom senso supor que o autor, apenas por não possuir um posto de trabalho fixo, não teve sua saúde debilitada pelos agentes nocivos no interior da fábrica. Basta analisar o inteiro teor do laudo de avaliação para constatar que todos os setores apresentam nível de ruído elevado por conta do maquinário.

Por isso, penso que no presente caso a redução do módulo da prova é medida que se impõe, como forma de viabilizar a resposta jurisdicional ao autor.

As regras da produção da prova devem ser pensadas de acordo com as particularidades do caso concreto. Como ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, existem situações 'em que a exigência de prova plena seria contrária ao próprio desejo do direito material'. Seguem os professores afirmando que nesses casos, **'ainda que o autor possa produzir prova, o próprio direito material demonstra que o processo, para tratá-lo de maneira adequada e efetiva, não pode exigir mais do que uma convicção de verossimilhança'** (Curso de Processo Civil V2, Processo de Conhecimento, 7ª edição rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 274 e 275).

Embasada nesse entendimento, considero prescindível para o deslinde da causa a demonstração do nível exato de ruído ao qual o autor estava exposto.

Reduzindo o módulo da prova, penso que é possível a comprovação da especialidade da atividade por meio de uma análise dos diversos setores com maquinário da Companhia Nacional de Estamparia - pois o autor circulava em todos eles - para verificar quais eram as condições gerais de trabalho a que ele estava exposto ao longo de sua jornada laboral.

Ainda que não se possa usar como critério o nível de ruído de uma fonte específica, dada a peculiaridade das atividades do autor, **é possível recorrer aqui ao nível de ruído de cada maquinário, nos quais se concentravam suas atividades.** (RIO GRANDE DO SUL, TRF4, APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO n. 5008267-60.2011.404.7009/PR, Rel. Maria Isabel Pezzi Klein, 2013). (destaque nosso)

Como se pode constatar no exemplo trazido à baila, a indeterminabilidade do nível de ruído ao qual permaneceu exposto o autor, em sua jornada regular de trabalho, levou o julgador a reduzir o módulo da prova e recorrer às diversas fontes dos maquinários da empresa, para poder extrair uma média da intensidade do agente agressor e concluir pela

exposição acima dos limites de tolerância.

Por certo, somente em alguns casos de difícil resolução, como o destacado, é possível se pensar na invocação aos aludidos modelos de constatação, cuja relação jurídica é composta, de um lado, do segurado hipossuficiente, que precisa impor seu direito à fruição de um benefício para sobrevivência, mas se encontra desguarnecido de provas robustas que o fundamente e, de outro, o órgão previdenciário, o qual, na condição de passividade processual, mantém-se inerte à espera para desconstituir em poucas linhas, com sua “tese pronta”, a tese autoral.

Em uma relação jurídica de direito privado, entre civis, como numa ação de alimentos ou de cobrança, por exemplo, resta tranquila a aplicação de referidos modelos de constatação, dada a maior disponibilidade, em tese, das partes na questão probatória e um melhor controle judicial na gestão das provas. O devedor alimentante, por exemplo, ao se “abster de trazer meios de prova acerca de seus rendimentos e de seu nível de vida, sendo capaz de fazê-lo, provoca a redução do *standard* de prova que há de ser suprido para a tomada de decisão do valor da pensão alimentícia a ser fixada” (TRENTO, 2013, p. 164), habilitando, assim, o magistrado na escolha da versão fática verossimilhante da parte autora.

Contudo, diante de uma relação jurídica composta entre particular e poder público, como o INSS, a invocação aos citados modelos apresenta certas dificuldades, uma vez que não se tem a mesma disponibilidade tratada na relação entre particulares. Os bens em jogo, aliás, são indisponíveis.

No julgado acima transcrito, como dito, o atalho encontrado pelo intérprete foi lógico-matemático para se quantificar os níveis de ruído do ambiente laboral e assim chegar à solução mais adequada ao caso concreto. Mas imaginemos, ainda, outra hipótese: após 25 anos de atividade executada em condições degradantes em determinada firma irregular, com exposição ao elemento cancerígeno “tolueno”, os únicos documentos reunidos pelo profissional sapateiro, como início de prova material, são recibos de pagamento de salários, cópia de uma sentença trabalhista reconhecendo vínculo empregatício, acrescido de verbas salariais e um laudo genérico padrão encadernado, atestando o grau de insalubridade das fábricas de calçados, distribuído pelo sindicato da categoria. Munido dessa documentação, o interessado, dispensando a esfera administrativa, procura diretamente o Poder Judiciário, objetivando o bem da vida (aposentadoria). O juiz admite o requerimento e ordena a citação, momento em que a autarquia previdenciária integra a lide e aduz não ter participado da

relação jurídica instaurada no bojo da demanda trabalhista, haja vista que os limites subjetivos da coisa julgada não podem prejudicá-la, nos termos do artigo 472 do CPC, de modo que não estaria obrigada a reconhecer os efeitos de uma decisão trabalhista sem a prova do tempo de serviço exigida pela legislação previdenciária. Em seguida, defende a improcedência do pedido do suplicante, à míngua de cumprimento do ônus que lhe cabia.

Na mesma peça defensiva, ressalte-se, a autarquia deixa de impugnar a idoneidade dos aludidos recibos de pagamento anexados, como também não refuta o laudo genérico, circunstância que já favorece o postulante.

Em relação aos limites subjetivos da coisa julgada, de fato, não deixa de assistir razão ao ente autárquico, pois muitas reclamações são propostas por segurados com desvio de finalidade, ou seja, não visam efetivamente dirimir a controvérsia entre empregado e empregador, mas sim obter, por via reflexa, direitos previdenciários, por meio de acordos, caracterizando verdadeira “simulação de reclamação” (PERON, 2005, p. 2). Neste aspecto, pesa em favor do INSS farta jurisprudência sobre o tema, assim como em outros assuntos afetos à Justiça do Trabalho.

Ocorre que não se trata de impor os efeitos da coisa julgada ao INSS, mas forçar o reconhecimento de um fato admitido por patrão e empregado perante outra Justiça, especializada, do mesmo Poder Judiciário que, por sua presunção de boa-fé e veracidade, deve ser acolhido por todos os órgãos indistintamente, em homenagem ao princípio da automaticidade; até porque quaisquer documentos produzidos extra jurisdição comum - como prova emprestada -, deverão passar pelo crivo do contraditório no momento processual oportuno. E, constatado, eventualmente, indício de fraude processual, há os meios de controle e de coerção próprios do Estado, tanto no mesmo processo cível, respondendo a parte por eventual litigância de má-fé, nos termos do artigo 17 do CPC, quanto na esfera penal, com a responsabilização criminal.

Com efeito, o empregado não pode sair prejudicado duas vezes, uma com a subtração de seus direitos trabalhistas e outra com a recusa de seu direito previdenciário à aposentadoria, que agora tem de suportar (SAVARIS, 2012), por uma situação para a qual não concorreu. Afinal, o sistema judicial é único.

Por óbvio, se afigura muito mais confortável ao INSS ver extinta a causa nestas condições, sob a alegação prosaica de que não participou originalmente da relação processual entre autor empregado e empregador, apegando-se ao formalismo raso da ausência de provas

e não demonstrando qualquer interesse em contribuir para a construção da verdade, em nítida assimetria, do que envidar esforços na produção probatória, até para fins de colaboração com a Justiça.

É como adverte Gagno:

Tal situação efetivamente coloca a parte contrária numa situação altamente confortável, pois ela apenas será atingida numa hipótese quase excepcional, motivo pelo qual, muitos réus não demonstram qualquer interesse em contribuir com o descobrimento da verdade, e ficam se apegando demasiadamente o argumento da falta de provas, esquecendo-se de discutir porque as provas não são suficientes ou o que tem de favorável a si nos elementos probatórios dos autos. É flagrante nesses casos a quebra de isonomia, o que apesar de soar como uma razão natural, em prol da segurança, traduz, após maior reflexão, uma irracionalidade e um sofisma, pois segurança não é apenas agir com certeza, mas, nos casos em que não se obtiver certeza, agir voltado para as probabilidades. (GAGNO, 2013, p. 89).

E, de fato, refoge à razoabilidade um julgado que nega a ocorrência de fatos prováveis pela ausência de convicção plena.

Entrementes, olvida-se o ente autárquico de seu dever institucional, em conjunto com o Ministério do Trabalho, de promover a devida fiscalização nas empresas irregulares e as condições de trabalho do obreiro, em respeito à dignidade da pessoa humana, circunstância que, se suscitada no curso da lide, redundará naturalmente em resposta negativa por parte do INSS, sob os mais variados pretextos, o que vem a favorecer a parte autora.

Com efeito, diante deste panorama, é possível cogitar a seguinte solução: tendo em vista que o INSS sustentou não ter participado da relação jurídica entre autor e patrão, como também deixou de manifestar contrariedade aos documentos juntados com a inicial, operando, assim, em seu desfavor a preclusão, caberá ao magistrado extrair do próprio laudo genérico do sindicato os elementos nocivos aos quais frequentemente estão expostos “todos” os profissionais sapateiros (cola, thinner, verniz etc.) e aplicar a redução do módulo da prova, com a mitigação do seu grau de convencimento relativo ao nexos causal, fixando um nível de verossimilhança suficiente à certificação do direito da parte e conseqüente acolhimento da pretensão deduzida.

Por fim, caberá ao magistrado atentar para a teoria da distribuição dinâmica da carga probatória como auxílio ao esclarecimento dos fatos.

Desenvolvida originalmente na Argentina, por Jorge W. Peyrano e Augusto Morello, a partir da concepção do processo como situação jurídica de Goldschmidt, e inspirada nos

princípios da veracidade, boa-fé, lealdade e solidariedade, referida teoria surgiu com a proposta de repartir o ônus da prova à parte em melhor condição de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2008), seja por deter maiores conhecimentos científicos a respeito de seu objeto, seja pela maior acessibilidade à sua fonte (MORAES, 2013) que, de acordo com Didier Jr.; Braga e Oliveira (2008), prova quem pode, em observância aos princípios da adaptabilidade do procedimento às peculiaridades do caso concreto, da cooperação e da igualdade.

Sua base, portanto, reside fundamentalmente no postulado da igualdade, o qual impõe ao juiz o alinhamento da participação dos demandantes na relação jurídico-processual, ordenando, na perspectiva dinâmica, a inversão do ônus da produção probatória àquele com mais facilidade e melhor posição processual (autor ou réu), e conectado à regra cogente do “dever de colaboração” na construção da verdade, contribuindo, assim, para o alcance de uma solução justa ao litígio.

Em última análise, sua aplicação tem lugar quando: (i) a prova mostrar-se excessivamente onerosa para uma das partes – ou constituir a denominada “prova diabólica” (impossível de ser produzida) e (ii) nas hipóteses de vulnerabilidade de um litigante em relação ao outro. Pouco importa a natureza do fato probando, se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito.

A possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova foi contemplada pelo projeto do novo Código de Processo Civil (artigo 262 do PL do Senado n. 166/2010, parcialmente alterado pelo PL da Câmara n. 8.046/2010), o qual estatui o poder-dever do magistrado de zelar pela isonomia durante todo o *iter* processual, sendo-lhe lícito redistribuir - ou inverter - a regra geral de divisão do encargo probatório, caso entender conveniente estabelecer o equilíbrio e a paridade de armas entre as partes (MORAES, 2013), e o processo judicial previdenciário é o campo propício para correção das iniquidades.

Na relação jurídica previdenciária, desigual por natureza, por abrigar de um lado o segurado hipossuficiente e de outro o “poder” estatal, é possível visualizar o emprego deste modelo nas hipóteses envolvendo, por exemplo, a concessão de benefício de auxílio-doença. A parte autora ingressa com a demanda vindicando a benesse, mas não dispõe de recursos financeiros para contratação de um médico perito que lhe possa atestar a incapacidade para o trabalho. Diante deste quadro, caberá ao decisor distribuir dinamicamente o ônus da prova (dada a melhor posição processual e maior facilidade em produzir prova) e nomear um *expert*

de sua confiança, à conta da autarquia, ou indicar o perito dos quadros funcionais do próprio órgão previdenciário para a realização do exame, com a presença dos respectivos advogados.

Diante do exposto, pode parecer contraditório a invocação de expressões atreladas à instrumentalidade processual, como “convicção do juiz”, convencimento do julgador, as presunções, regras de experiência, regras de julgamento etc., herança da vetusta codificação de ritos, e ao mesmo tempo suscitar a ideia de processualidade democrática como caminho diametralmente oposto e necessário para construção de uma nova teoria geral do processo e das provas. Mas justamente tais conceitos, na falta de um novo parâmetro normativo conforme à Constituição, devem ser compatibilizados no espaço institucional discursivo e, agregados à ideia dos citados modelos de constatação, acomodados perfeitamente ao paradigma processual constitucional relacionado ao direito fundamental de acesso à jurisdição.

5 A PERÍCIA JUDICIAL INDIRETA NO PROCESSO DIALÓGICO, COMO MEIO DE PROVA PARA “CONSTRUÇÃO” DA VERDADE.

Inaugura-se o presente tópico com as seguintes decisões paradigmáticas (grifo nosso):

<p>APELAÇÃO CÍVEL Nº 0002198-96.2011.4.03.6113/SP</p> <p>DECISÃO</p> <p>Trata-se de ação de conhecimento proposta em face do INSS, na qual a parte autora pleiteia o enquadramento de atividade especial, com vistas à transformação da aposentadoria por tempo de contribuição, que percebe, em aposentadoria especial.</p> <p>A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido, concedeu tutela específica e fixou os consectários.</p> <p>Decisão não submetida ao reexame obrigatório.</p> <p>Inconformada, apela a parte autora. Requer, inicialmente, a apreciação do agravo retido; na questão de fundo, pugna pela reforma do julgado para reconhecimento de todo período em que laborou nas funções próprias de sapateiro, para fins de conversão do atual benefício em aposentadoria especial, senão o reconhecimento da natureza especial, para efeitos de revisão da aposentadoria.</p> <p>A autarquia também recorre. Sustenta, em suma, que o conjunto probatório não demonstra o exercício do labor especial; ademais, a atividade de sapateiro não se enquadra nos respectivos decretos regulamentadores. Prequestiona a matéria.</p> <p>Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.</p> <p>É o relatório.</p> <p>Decido.</p> <p>Nos termos do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, presentes os requisitos para a prolação de decisão monocrática.</p> <p>Verifico, de início, que a sentença acolhedora do pedido foi proferida em setembro de 2012, sujeitando-se, assim, ao duplo grau obrigatório de jurisdição, por força do disposto na Medida Provisória n. 1.561, de 17/1/1997, convertida na Lei n. 9.469, de 10/7/1997, e nos termos da Súmula n. 490 do C. STJ.</p> <p>No mais, conheço do agravo retido, porém, nego-lhe provimento.</p> <p>O pleito de nulidade da sentença, sob alegação de cerceamento de defesa por ter sido obstada a produção de provas, não subsiste.</p> <p>Toca ressaltar o fato de que a parte autora detém o ônus probatório de comprovar a veracidade dos fatos constitutivos de seu direito, por meio de prova suficiente e segura, nos termos do artigo 333, I, do CPC.</p> <p>Nesse aspecto, para demonstração da natureza especial do labor desenvolvido no período vindicado, a parte autora deveria ter carreado documentos aptos que atestassem as condições insalubres às quais permaneceu exposta com habitualidade e permanência, cabendo ao magistrado, em caso de dúvida fundada, o deferimento de prova pericial para confrontação do material reunido à exordial.</p> <p>Assim, à míngua de prova documental descritiva das condições insalubres no ambiente laboral do obreiro, despicienda revela-se a produção de prova pericial para o deslinde da causa, não se configurando hipótese de cerceamento de defesa ou violação de ordem constitucional ou legal.</p> <p>Passo ao exame do mérito recursal.</p> <p>Do enquadramento e conversão de período especial em comum</p>
--

Editado em 3 de setembro de 2003, o Decreto n. 4.827 alterou o artigo 70 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999, o qual passou a ter a seguinte redação:

Cumprir observar que antes da entrada em vigor do Decreto n. 2.172, de 5 de março de 1997, regulamentador da Lei n. 9.032/95, de 28 de abril de 1995, não se exigia (exceto em algumas hipóteses) a apresentação de laudo técnico para a comprovação do tempo de serviço especial, pois bastava o formulário preenchido pelo empregador (SB-40 ou DSS-8030), a atestar a existência das condições prejudiciais.

Contudo, tem-se que, para a demonstração do exercício de atividade especial cujo agente agressivo seja o ruído, **sempre houve a necessidade** da apresentação de laudo pericial, independentemente da época em que o serviço fora prestado.

Nesse contexto, a exposição superior a 80 decibéis era considerada atividade insalubre até a edição do Decreto n. 2.172/97, que majorou o nível para 90 decibéis. Isso porque os Decretos n. 83.080/79 e n. 53.831/64 vigoraram concomitantemente até o advento do Decreto n. 2.172/97.

In casu, a parte autora pretende obter aposentadoria por tempo de contribuição, o reconhecimento do exercício de atividade sob condições prejudiciais à saúde, na condição de "aprendiz de sapateiro", "sapateiro", "embonecador", "colador de lado", "acabador" e "auxiliar de acabamento", nas firmas e períodos indicados na peça inaugural, com o escopo de transformar o atual benefício em aposentadoria especial.

É incabível a pretensão autoral.

Isso porque a atividade de sapateiro, a despeito de ostentar certa carga insalubre, em virtude da exposição a agentes químicos inerentes à profissão, como "cola de sapateiro" (hidrocarboneto tóxico), **não encontra previsão nos Decretos n. 53.831, de 25 de março de 1964, e 83.080, de 24 de janeiro de 1979.**

Ademais, a parte autora não se desincumbiu do ônus que realmente lhe toca quando instruiu a peça inicial, qual seja: carrear prova documental descritiva das condições insalubres às quais permaneceu exposta no ambiente laboral, como formulários-padrão e laudo técnico individualizado.

Ressalte-se que o laudo pericial, encomendado pelo Sindicato dos Empregados nas Indústrias de Calçados de Franca/SP (fls. 85/192), não se mostra apto a atestar as condições prejudiciais do obreiro nas funções alegadas, com permanência e habitualidade, porquanto se reporta, de forma genérica, às indústrias de calçados de Franca, e não enfrenta as especificidades do ambiente de trabalho de cada uma delas. Em suma, trata-se de documento que não traduz com fidelidade as reais condições vividas individualmente pela parte autora nos lapsos debatidos.

Por esse motivo, foi afastada a perícia por similaridade como elemento de prova, cujo fundamento adoto para não considerar o aludido documento apresentado pela parte autora.

Assim, a parte autora não trouxe à colação elementos elucidativos suficientes à demonstração do labor especial.

Cumprir frisar não ter havido contrariedade alguma a dispositivos de lei federal ou constitucionais.

Diante do exposto, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil, **NEGO SEGUIMENTO** ao agravo retido e ao apelo da parte autora e **DOU PROVIMENTO** à apelação do INSS e à remessa oficial, tida por interposta, para **julgar improcedente** o pedido, com resolução do mérito, na forma do artigo 269, I, do CPC. Deixo de condenar a parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita. Em decorrência, **CASSO** expressamente a tutela jurídica que ordenou a revisão do benefício. Determino a remessa desta decisão via eletrônica à autoridade administrativa para cumprimento. (destaque nosso)

Intimem-se.

São Paulo, 13 de maio de 2013.

DALDICE SANTANA

Desembargadora Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0029116-12.2012.4.03.0000/SP

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento em face da decisão da 1ª Vara Federal de Franca/SP que, em ação de aposentadoria especial ou por tempo de contribuição, cumulado com indenização por danos morais, indeferiu pedido de produção de prova pericial indireta por similaridade .

Alega o agravante, em síntese, que a decisão merece reparo, porque as empresas em que trabalhou - Indústria de Calçados Washington Ltda, Leonel Gimenes Domeni, Irmãos Bombicino, Indústria e Calçados Kim Ltda e Frei Toscano Indústria de Calçados Ltda - já não existem mais, pelo que não é possível delas obter Perfis Profissiográficos Previdenciários (PPP), o que, segundo entende, justifica a realização da perícia pleiteada, a fim de provar os agentes nocivos existentes em tais empresas.

Pleiteia, assim, a concessão de efeito suspensivo, determinando-se a produção de prova técnica pericial por similaridade em relação às empresas acima descritas.

É o breve relatório. Decido.

Recurso tempestivo e regularmente instruído (arts. 522 e 525, I, do Código de Processo Civil).

Como é cediço, a exigência de laudo técnico das condições ambientais de trabalho para a caracterização de atividade penosa, insalubre ou perigosa, somente passou a existir com a entrada em vigor, em 11/12/1997, da Lei nº 9.528, salvo quanto ao agente ruído, para o qual o laudo sempre foi necessário. Até então, era suficiente que a atividade estivesse enquadrada como especial em ato do Poder Executivo ou assim descrita em formulário próprio. Nesse sentido:

(...)

Na hipótese, verifica-se que a pretensão do agravante é ver reconhecidas como especiais, por insalubres, as atividades por ele exercidas como sapateiro , revisor, chefe de seção, montador, chefe de montagem etc., em fábricas de calçados, com suposta exposição a agentes químicos e ruídos, de fevereiro/1961 a dezembro/1991, nas empresas descritas a fls. 16 deste agravo.

Pois bem. Nesse sentido e considerando o acima exposto, tem-se que o agravante exerceu suas atividades laborativas até o ano de 1991 e, consoante consta a fls. 24, obteve aposentadoria proporcional ao tempo de contribuição no ano de 1993 (fls. 24).

Sendo assim, ainda que as atividades em questão tenham sido exercidas em condições especiais, o fato é que são anteriores à entrada em vigor da Lei nº 9.528/97. Portanto, prescindem de formulários emitidos pelas respectivas empresas, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, bastando seu enquadramento na legislação então vigente ou sua descrição pelo empregador em formulários então emitidos pelo INSS para tal finalidade.

Logo, para quaisquer dos períodos indicados pelo agravante, a prova pericial não é o meio hábil à demonstração de que os exerceu de forma insalubre, em atenção ao disposto no art. 420, parágrafo único, I, do CPC, já que essa prova há que ser feita por mero enquadramento legal e por formulários oficiais.

Inexistindo estes, ainda assim a perícia reclamada não tem lugar, porquanto produzir prova técnica por similaridade, diante da inatividade das empresas indicadas pelo agravante, não conduz a um juízo seguro sobre a realidade em que laborou o interessado. Seria o mesmo que acautelar uma pretensão, que terá força de coisa julgada, com base em presunção fática, o que não se admite no ordenamento jurídico pátrio.

Ressalto, outrossim, que o fato de tais documentos conterem algum vício de conteúdo não é motivo suficiente para a produção de prova pericial, sob pena de violar-se o escopo do art. 420 do CPC, cuja interpretação teleológica nos conduz ao entendimento de que essa prova só tem cabimento quando os fatos alegados só assim puderem ser cabalmente demonstrados.

Por fim, observo que o juiz não está adstrito ao resultado da prova pericial eventualmente produzida

nos autos, devendo formar seu convencimento com base em todos os elementos de prova coligidos aos autos (art. 436 do CPC), ônus processual da parte (art. 333, I, do CPC), que deve envidar todos os esforços para dele se desincumbir.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERPOSTO COM FULCRO NO ART. 557 § 1º DO CPC. EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. DECISÃO FUNDAMENTADA. I - A decisão recorrida negou seguimento aos embargos de declaração interpostos pelo autor, mantendo a decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento, interposto de decisão que, em ação previdenciária, objetivando a implantação de aposentadoria por tempo de contribuição, após o reconhecimento do exercício de atividade especial e a conversão do seu tempo em comum, indeferiu pedido de produção de prova pericial. II - **Cabe ao juiz, destinatário da prova, verificar a necessidade e a possibilidade de sua realização ou não, a fim de formar sua convicção a respeito da lide, nos termos do artigo 130, do CPC.** III - Para a comprovação de exposição a agentes insalubres de período anterior a vigência da Lei n.º 9.032/95, basta que a atividade seja enquadrada nas relações dos Decretos n.º 53.831/64 ou 83.080/79, sendo desnecessária a elaboração de laudo pericial. IV - A necessidade de comprovação por laudo pericial do tempo de serviço em atividade especial só surgiu com o advento da Lei 9.528/97, que, convalidando a MP 1.523/96, alterou o art. 58, § 1º, da Lei 8.213/91. V - **Cabe ao autor, junto com a exordial, apresentar os documentos necessários para a comprovação dos fatos alegados, conforme estabelece a legislação previdenciária.** VI - **Concluindo o Juiz de Primeira Instância, em decisão fundamentada, pela desnecessidade da realização da perícia técnica** requerida lhe é lícito indeferi-la, não caracterizando ilegalidade ou cerceamento de defesa, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos. VII - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação. VIII - Não merece reparos a decisão agravada, posto que calçada em precedentes desta E. Corte. IX - Agravo improvido. (destaque nosso)

(AI 00132847020114030000, DES. FED. MARIANINA GALANTE, TRF3, 8ªT, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 17/07/2012, FONTE_REPUBL.)

Posto isso, com fundamento no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, NEGOU SEGUIMENTO ao presente agravo de instrumento.

Intimem-se. Publique-se.

Após ultimadas as providências necessárias, baixem os autos à Vara de origem.

São Paulo, 18 de outubro de 2012.

SOUZA RIBEIRO

Juiz Federal Convocado

A “reconstrução histórica dos fatos” por meio das provas constitui conceito ainda arraigado à instrumentalidade e à relação jurídica do processo, em que se tem o julgador como o legítimo porta-voz (boca da lei) autorizado a certificar o direito a partir dessa percepção.

O juiz só se convence da certeza (verdade) dos fatos mediante um arcabouço probatório coeso produzido no corpo do instrumento utilizado para a pacificação dos conflitos, que é o processo, engendrado pelo “fenômeno da jurisdição”, na expressão cunhada por Rosemiro Leal (2010, p. 28).

Para tanto, se vale – ele, juiz - da suposta neutralidade, imitada das ciências naturais e

adotada no processo objetivo, objetividade esta “forjada na serenidade” de seu “castelo imaginário”, como quer Savaris (2012, p. 42), e exposta na motivação de sua decisão, mas que no fundo esconde suas próprias incertezas:

A elaboração da sentença consubstancia o momento em que o juiz se expressa acerca das duas espécies de verdades que geralmente lhe são indagadas: a verdade sobre os fatos e a verdade sobre o direito [...]. Qualquer das duas verdades (de fato e de direito) parece corresponder à única possível, à única verdade aceitável. Só que o juiz positivista, para demonstrar que de modo neutro e objetivo chegou ao resultado verdadeiro, buscando evidenciar a verdade descoberta, encobre suas dúvidas em páginas de retórica sob o manto da certeza que lhe autoriza dizer “isto posto.” (SAVARIS, 2012, p. 43).

A tradição jurídica, portanto, sempre atribuiu ao juiz o papel de destinatário efetivo das provas, pois o único a “se convencer” da existência ou não dos fatos narrados, isto é, da realidade.

Trata-se, na linha de pensamento de Leonardo Greco (2004, p. 231), “da visão subjetivista de uma realidade objetiva”, fazendo do intérprete, “o soberano absoluto e incontrolável, por mais que a lei lhe imponha exclusões probatórias, critérios predeterminados de avaliação ou a exigência de motivação”, dando margem, assim, ao puro arbítrio. Mesma ideia compartilhada pelo Prof. Rosemiro Leal quando critica o “comportamento pessoal e idiossincrático do juiz” em sua atividade jurisdicional, postura que não guarda compatibilidade com “as conquistas histórico-teóricas dos direitos fundamentais, incorporadas ao processo como estrutura procedimentalizadora de atos jurídicos sequenciais a que se obriga o órgão judicial.” (2010, p. 28).

A decisão do caso concreto já não depende mais da subsunção neutra do fato à norma e sim da livre escolha do julgador, situação que descamba para o “decisionismo” a partir de um ato de vontade ao qual se refere Lenio Streck (2011), em passagem de sua obra “Verdade e Consenso”, quando comenta a relação entre discricionariedade judicial e arbitrariedade:

A “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos [...], é preciso compreender a discricionariedade como sendo o poder arbitrário “delegado” em favor do juiz para “preencher” os espaços da “zona de penumbra” do modelo de regras [...]. Esse grau de liberdade [...] acaba se convertendo em um poder que não lhe é dado, uma vez que as opções escolhidas pelo juiz deixarão de lado “opções” de outros interessados, cujos direitos ficaram à mercê de uma atribuição de sentido, muitas vezes decorrente de discursos exógenos, não devidamente filtrados na conformidade dos limites impostos pela autonomia do direito. (STRECK, 2011, p. 38-39).

Nesse sentido, amparado na concepção clássica da prova, como instrumento de “convencimento”, o destino das partes fica ao exclusivo alvedrio do julgador, o qual definirá o vencedor da demanda a partir da valoração subjetiva que fizer do caderno probatório.

A doutrina processual moderna trabalha com um novo conceito de prova; a prova assume agora a função de “peça de argumentação no diálogo judicial” (MARINONI; ARENHART, 2012, p. 53), um *medium* retórico regulado pela lei visando à construção participada do provimento.

Doutrinadores de escol ainda defendem a concepção retórico-persuasiva, no sentido de que a prova só serve para formar a convicção do julgador. Contudo, hodiernamente se fala em “visão metajurídica das provas – prova como resultado”, como ressalta Moraes (2013, p. 62); a prova visa reconstruir racionalmente os fatos controvertidos em juízo, o mais próximo do real, em “verdadeiro exercício de dialética” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 71), dentro de um ambiente com observância do contraditório e da ampla oportunidade de manifestação das partes. Essa a finalidade efetiva da prova.

Não apenas o juiz, mas todos os partícipes, como um todo, são destinatários das provas, cuja utilidade é dar sustentação e legitimidade à decisão judicial. Afinal, nas palavras de Rosemiro Leal:

O juiz não é o construtor do direito, mas concretizador do ato provimental de encerramento decisório do **discurso estrutural** do procedimento processualizado pelo *due process* democrático em suas incidências substancial (*substantive*) de garantias implantadas constitucionalmente e procedimental (*procedural*) do modo adequado de aplicação constitucionalmente assegurado. (LEAL, 2010, p. 54).

Nesse contexto, a prova configura “condição de meio retórico” estatuído em lei dentro de parâmetros racionais (MARINONI; ARENHART, 2012, p. 54) e objetiva não a busca da verdade - até porque sua essência é impenetrável - e sim sua “reconstrução” sob o ponto de vista argumentativo, a partir do paradigma da linguagem concebido por Jürgen Habermas. Ou seja, a linguagem necessária para a fixação da proposição através da retórica, pois a “razão não está mais no mundo (paradigma do ser) ou no sujeito individual (paradigma do sujeito), mas naquilo que os sujeitos produzem a partir de certos elementos comuns (linguagem).” (MARINONI; ARENHART, 2012, p. 45).

O filósofo alemão vê na comunicação intersubjetiva, de diálogo e de consenso, o *medium* necessário para a construção da verdade, pois é ínsito a uma sociedade democrática o

processo de entendimento e de compreensão de si mesma (PEREIRA, 2012).

Transpondo, então, essa ideia democrática para a instituição do processo judicial, antes de restauração dos fatos - ideal inatingível -, destina-se a prova a estabelecer a conversa em contraditório entre os sujeitos cognoscentes da relação jurídica instaurada, visando à edificação da verdade materializada no provimento final, que, no magistério de Marinoni e Arenhart:

[...] deve ser o de uma argumentação em colaboração (não em conflitualidade). As versões parciais apresentadas pelas partes somam-se ao papel ativo do juiz, em perfeito diálogo, na tentativa de construir (e não descobrir) uma verdade possível que guiará a aplicação da lei ao caso submetido ao Judiciário. Portanto, assume relevante papel dentro dessa ordem a noção e a extensão do contraditório [...], válvula reguladora que permitirá estabelecer o nível da argumentação dialética e, conseqüentemente, a legitimação da construção da verdade. (MARINONI; ARENHART, 2012, p. 49).

Essa tentativa de estruturação da verdade através do diálogo já era o projeto de Aristóteles para quem:

[...] a dialética é reduzida à condição de exercício mental que, não lidando com as próprias coisas, mas com as opiniões dos homens sobre as coisas, não pode atingir a verdade, permanecendo no âmbito da probabilidade [...]. O que se pretende não é obter uma conclusão necessária, irretorquível, universal (à semelhança do que pretende o silogismo perfeito), por meio de um raciocínio coagente e impessoal, mas obter ou fortalecer a adesão de alguém a uma tese que lhe é proposta.” (OS PENSADORES ..., 1999, p. 16; 20).

Para além, o comprometimento com o esclarecimento discursivo da realidade jurídica é o ponto fundamental do instrumento probatório.

Urge que a prova e o processo, ou melhor, que a prova integrada ao espaço processual dialógico funcione como verdadeiro mecanismo de esclarecimento dos fatos pela dose hermenêutica, desenvolvida não no sentido vertical (absolutista) do direito, por ato solitário do “realizador da justiça”, mas como “exercício democrático de discussão horizontal de direitos pelas partes” (LEAL, 2010, p. 57), em modelo autorizado pelo devido processo legal/constitucional, com respeito, frise-se, aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

Em suma, tem-se a prova no novo paradigma do Estado Democrático de Direito como o elemento fundante à argumentação, cujo escopo é de elucidar a realidade fático-jurídica e construir a verdade no processo constitucionalizado; dirige-se não apenas ao aplicador da

norma ao caso concreto, mas aos demais participantes legitimados na construção do pronunciamento jurisdicional, em constante testificação.

A vetusta codificação de processo civil estabeleceu, dos artigos 420 ao 439, a prova pericial como meio apto a esclarecer fatos que demandam conhecimento técnico específico para a exata compreensão. Trata-se de meio probatório complexo, caro e demorado, de sorte que sua admissão somente é autorizada nos casos em que se faça imprescindível o auxílio de um profissional legalmente habilitado (NEVES, 2011). Para tanto, caberá ao juízo nomear o *expert* de sua confiança.

Muito embora o perito não preste formalmente compromisso, o código lhe impõe sanções decorrentes da falta de cumprimento escrupuloso do encargo assumido; nos termos do artigo 147 do Código de Processo Civil, prestando o experto informações inverídicas, por dolo ou culpa, responderá pelos prejuízos que causar à parte e ficará inabilitado a funcionar em outras causas cíveis por dois anos, sem prejuízo da responsabilidade criminal, na forma do artigo 342 do Código Penal (MARINONI; ARENHART, 2012).

Nerio Rojas⁵, citado por Romano (2014), ressalta que o perito, já na execução do encargo, deve esgotar a investigação, analisando com denodo os elementos apresentados pelas partes, “estudar de forma objetiva os fatos, não se embandeirar no feito, confundindo a sua função com a de advogado; saber que seu imperativo é a imparcialidade, não se precipitando em formar uma opinião sobre os fatos, antes de submetê-los a uma meditação prolongada.”

Portanto, a prova pericial advém da necessidade de demonstração no feito de conhecimentos específicos que vão além do exigido pelo homem de cultura média, pouco importando que o magistrado detenha a capacidade técnica, por ser formado, por exemplo, em engenharia (MARINONI; ARENHART, 2012).

Como dito alhures, a judicialização é o caminho inevitável dos trabalhadores das indústrias calçadistas que buscam uma resposta às suas agruras, mormente aqueles admitidos de forma ilegal, pois é cediço que, no momento da dispensa, tais empregados saem desguarnecidos dos imprescindíveis documentos certificadores do exercício de funções degradantes, determinantes para o futuro reconhecimento do direito à aposentadoria; e ficam a depender do resultado da perícia judicial ordenada no curso da instrução, à guisa de loteria.

É curioso o destino desses trabalhadores: se lograrem apontar o ex-empregador ainda com as “portas abertas”, possuem grandes chances de sucesso na causa, mercê do resultado

5 ROJAS, Nerio. Medicina Legal, 1936, t. I, p. 65.

favorável de eventual perícia técnica “direta” autorizada no ambiente de labor do ex-operário, ainda que realizada extemporaneamente. Vale dizer: encontrando-se “ativa” a empresa pericianda, o auxiliar do juízo possui condições de atestar diretamente o grau de insalubridade do setor de trabalho, ainda que a execução do ofício do trabalhador tenha se dado em período pretérito.

Com efeito, o Judiciário tem acolhido, sem maiores controvérsias, esse tipo de laudo, sob o fundamento de que, caso fosse exigido sempre documento contemporâneo aos fatos, inviabilizar-se-ia o livre acesso à jurisdição; ademais, mesmo com o emprego de tecnologia avançada nos maquinários, os trabalhadores são de alguma forma afetados com a exposição ao elemento nocivo, de modo que se atualmente não estão indene dos efeitos do impacto do agente agressor, que dirá em época remota, cujas atribuições eram desenvolvidas de maneira precária.

Por outro vértice, acaso os obreiros não consigam encontrar o ex-empregador em atividade, só lhes resta o recurso à perícia indireta por similaridade em empresas do mesmo segmento, na tentativa de demonstração da execução do trabalho em condições prejudiciais à saúde e à integridade física.

Adiantando-se, muitos trabalhadores, ao ingressarem com a ação, já vêm munidos, a título de prova emprestada, de laudos de vistoria indireta realizada em empresas idênticas do mesmo ramo de calçados, a pedido do sindicato da categoria dos sapateiros, na expectativa da confirmação de ulterior perícia judicial indireta. Contudo, ao final da instrução, deparam-se com o resultado frustrante de uma decisão desfavorável à sua pretensão, a exemplo da motivação dos julgados acima reproduzidos, os quais desconsideram as citadas regras de experiência outrora comentadas.

Assim pontuam Marinoni e Arenhart:

[...] diante da prova direta, o juiz relaciona automaticamente a prova com o fato, enquanto a prova indireta requer que o juiz estabeleça um raciocínio dedutivo, que deve ser explicitado racionalmente, a partir de regras de experiência que sejam suficientes para fazer crer que do fato indireto decorre o fato direto. (MARINONI; ARENHART, 2012, p. 105).

Tem-se, assim, a seguinte situação paradoxal em relação à prova pericial, notadamente à indireta: movimenta-se o aparato judicial, de alto custo, para nomeação de um *expert* com a missão de aferir as condições insalúferas do ambiente de labor em empresa similar diversa

da exercida pelo demandante, com o cumprimento de prazos, indicação de assistentes técnicos, apresentação de quesitos suplementares, intimações infundáveis, designação de audiência para comparecimento do perito e dos assistentes, para, ao fim e ao cabo, se desconsiderar o trabalho realizado, sob o fundamento de que referida prova técnica não conduz a um “juízo seguro” sobre a realidade em que laborou o suplicante, porque “seria o mesmo que acautelar uma pretensão, que terá força de coisa julgada, com base em presunção fática”, conforme trecho da decisão no Agravo de Instrumento n. 0029116-12.2012.4.03.0000/SP supra acostada.

Já em relação à prova direta, as decisões judiciais acolhem, sem empecilhos, laudos que atestam “com segurança” - baseados em formulários padronizados instruídos com a inicial - a exposição do obreiro a agentes nocivos prejudiciais à sua saúde, garantindo-lhe, assim, o direito ao benefício previdenciário, como se tais pareceres técnicos fossem igualmente capazes de reproduzir à saciedade a “realidade” vivida pelo proponente da ação.

Não se compreende, pois, a razão pela qual o juízo reputa válida uma prova direta colhida *in locu* em determinada fábrica em atividade do ex-empregado demandante, exatamente porque retrataria “as condições reais experimentadas” pelos trabalhadores - ainda que extemporaneamente aos fatos pretéritos - e ineficaz o exame indireto, por similaridade, em empresas do mesmo segmento.

Dir-se-á que o julgador pode dispensar a prova pericial produzida, uma vez que não está adstrito ao resultado do parecer técnico do louvado, podendo formar sua convicção com outros elementos nos autos (artigo 436 do CPC), como consequência natural da livre valoração da prova.

Ocorre que nenhuma prova pericial - tanto direta quanto indireta - possui o condão de ressumar a “realidade” vivenciada por cada operário, justamente por ser impossível sua reprodução, consoante já explanado. O perito pode chegar a um resultado próximo do real, numa elevada probabilidade de como as coisas podem ter acontecido, porém, jamais se alcançar a verdade sobre certo evento histórico. “Mas a doutrina dominante insiste em chamar o resultado obtido na reconstrução fática do processo de “verdade” - já que apenas o fato pretérito efetivamente ocorrido poderia gerar a consequência prevista no ordenamento jurídico.” (MARINONI; ARENHART, 2012, p. 43).

Popper, citado por Gustavo Faria (2012, p. 34), esclarece, de antemão, que a verdade (realidade) jamais poderá ser entendida como “dogma subjetivista, em que uma crença

justificada concebe o conhecimento 'como uma modalidade de estado mental' [...] portadora de um saber prévio” e propõe a metáfora do “pico montanhoso”, na qual um alpinista em sua escalada, em meio às nuvens, nunca terá a certeza de haver realmente atingindo o cume ao se deparar com um paredão vertical logo adiante.

Do mesmo modo, haverá casos em que temos a certeza de que não chegamos à verdade.

Tratando também da interpretação subjetiva da realidade, Calamandrei ilustra com a metáfora dos dois pintores:

Ponham dois pintores diante de uma mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com seu cavalete, e voltem uma hora depois para ver o que cada um traçou em sua tela. Verão duas paisagens absolutamente diferentes, a ponto de parecer impossível que o modelo tenha sido o mesmo. Dir-se-ia, nesse caso, que um dos dois traiu a verdade?” (CALAMANDREI *apud* MARINONI; ARENHART, 2012, p. 40).

Verifica-se, assim, ser impossível escapar à “subjetivação” da realidade, pois jamais se poderá asseverar com clarividência solar que a reconstrução dos fatos condiz efetivamente com a realidade enxergada, “pois aquilo que se vê é apenas aquilo que parece ser visto” (MARINONI; ARENHART, 2012, p. 41).

Partindo-se, então, da premissa de que a verdade é construída em coparticipação pelas partes no devido processo constitucionalizado, em atitude argumentativa que desenvolva um debate crítico e testificador, “mediante observação das garantias constitucionais do processo e do princípio da reserva legal” (LEAL, 2010, p. 65), revela-se falsa a noção de que a prova pericial, por si só, possui a aptidão de explicitar as “verdadeiras condições insalubres” pelas quais passaram os trabalhadores do setor calçadista.

A prova isoladamente considerada não se mostra apta, repita-se, a revelar verdade alguma dos fatos, a qual deve ser concretada, tijolo por tijolo, pelos participantes em mútua colaboração, mediante discurso estrutural do procedimento processualizado pelo *due process* democrático; a “descoberta da verdade” pela prova produzida na atual estrutura normativa do procedimento se afigura incompatível com a ciência processual contemporânea, pois a prova não é o axioma da verdade e provar, segundo Leal (2010, p. 206), “não quer dizer a demonstração da verdade dos fatos discutidos, mas 'determinar e fixar formalmente os fatos’”.

Fato é que se impõe uma viragem da velha concepção da finalidade das provas disciplinada pelo “código instrumental”; uma verdadeira reconstrução da teoria das provas,

como instituto jurídico, na nova plataforma democrática, cujo escopo é “proporcionar condições científicas para a aplicabilidade do princípio da fundamentação das decisões judiciais e o esclarecimento objetivo da pretensão deduzida em juízo.” (COSTA, 2013, p. 4).

Pois, segundo Lenio Streck:

A importância desse debate está no fato de que o novo paradigma de direito instituído pelo Estado Democrático de Direito proporciona a superação do direito-enquanto-sistema-de-regras, fenômeno que (somente) *se torna possível a partir das regras (preceitos) e princípios* – produzidos democraticamente – *introduzidos no discurso constitucional e que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade)* até então negado pelo positivismo [...] (STRECK, 2011, p. 62).

Mesma leitura feita por Leal (2010, p. 60) ao tratar das conquistas históricas da democracia, a qual não pode mais ser pensada como uma “democracia do positivismo encantada pela unidade lógica de sistemas eternizantes de direitos não adquiridos no processo jurídico-democrático de bases dialógicas e plebiscitárias.” E prossegue o mestre enfatizando que “o modelo probante adotado pelo ordenamento jurídico estatal é que irá definir a característica democrática da realidade jurídico-política vigente” (2010, p. 212).

Nesse diapasão, na novel plataforma democrática, o instituto jurídico da prova deve ser visto não como mero instrumento da jurisdição, mas como verdadeiro direito fundamental e eixo epistemológico da atividade jurisdicional, o qual, contextualizado no devido processo legal constitucional, a partir de bases principiológicas autodiscursivas (contraditório, isonomia, ampla defesa) e irrestrita fiscalidade (LEAL, 2010), irá propiciar a construção legítima do provimento final pelos seus reais participantes (partes e juiz).

O processo, pois, como instituição regencial do procedimento, será o meio assegurado de efetivação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo (povo) e legitimador da montagem da decisão final, cujos fundamentos devem ser egressos de uma lógica procedimental formalizada e desenvolvida compartilhadamente pelos sujeitos, sob pena de desvirtuamento do preceito inserto no artigo 93, IX e X, da Constituição de 1988 (LEAL, 2010).

Enfim, a ruptura com o positivismo, que sempre dependeu de uma “teoria da adjudicação, orientadora do comportamento dos juízes e intérpretes em geral” (STRECK, 2011, p. 64), exige um novo pensar do direito e os problemas de sua “indeterminabilidade”, consoante destaca o próprio mestre gaúcho, pois “é mais fácil compreender o positivismo a

partir de posturas que pretendem superá-lo” (STRECK, 2011, p. 63).

Assim, no contexto do novo Estado Democrático de Direito, a adoção de teorias modernas, como da argumentação, da hermenêutica e do discurso parece ser o caminho necessário de quebra paradigmática sob as mãos do intérprete, cuja missão será o de “transformador social”, cumpridor de um constitucionalismo contemporâneo, compromissório, principiológico e dirigente; lembrando, ainda, que a processualista hodierna está voltada para um ativismo cooperativo, vale dizer, dialógico e participativo, envolvendo as partes e o julgador, num processo pautado na lealdade recíproca e na boa fé, com vistas à construção da verdade e da justiça.

Em tempo, a despeito do quanto exposto, em recente julgado abaixo reproduzido, proferido em novembro passado, o Colendo Superior Tribunal de Justiça acenou positivamente pela validade também da perícia indireta por similaridade, diante da impossibilidade de se obter os dados necessários à comprovação de atividade especial, sinal de mudança de rumos e um novo olhar à questão social:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Mostra-se legítima a produção de perícia indireta, em empresa similar, ante a impossibilidade de obter os dados necessários à comprovação de atividade especial, visto que, diante do caráter eminentemente social atribuído à Previdência, onde sua finalidade primeira é amparar o segurado, o trabalhador não pode sofrer prejuízos decorrentes da impossibilidade de produção, no local de trabalho, de prova, mesmo que seja de perícia técnica.

3. Em casos análogos, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à legalidade da prova emprestada, quando esta é produzida com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Recurso especial improvido. (BRASIL, STJ, REsp 1.397.415/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2013).

Por fim, em seu voto, o Eminentíssimo Ministro deixou assim assente:

Com efeito, diante do caráter eminentemente social atribuído à Previdência, onde sua finalidade primeira é amparar o segurado nos eventos futuros – velhice, doença, invalidez; aposentadorias; pensões; auxílio-doença; auxílio-acidente do trabalho, além de outros benefícios –, o trabalhador não pode sofrer prejuízos decorrentes da impossibilidade de produção, no local de trabalho, de prova, mesmo que seja de perícia técnica. Ocorre que o indeferimento da realização de nova perícia, mesmo que por similaridade, visto que a empresa em questão encerrou suas atividades, impõe a agravante cerceamento de defesa e ofensa ao princípio do contraditório e passível de ocasionar lesão de difícil reparação. Em se tratando de tempo de serviço

prestado sob condições insalubres, a realização de perícia técnica, é meio de prova apropriado para comprovar o exercício de atividade especial e à exposição de agentes nocivos. Porquanto, conclui-se que a realização da mesma revela-se possível e relevante para o deslinde da controvérsia, sem comprometimento, por óbvio, com seus resultados. (BRASIL, STJ, REsp 1.397.415/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2013).

6 CONCLUSÃO

O segurado da previdência social que trabalha sob condições insalubres, visando futura aposentadoria especial, mantém à sua disposição vasta legislação regente da matéria e rico manancial jurisprudencial, que auxiliam o julgador na resolução da controvérsia dentro do contexto probatório.

No caso específico do profissional sapateiro, o qual dedicou uma vida inteira na labuta, à frente da produção de calçados, com exposição a agentes degradantes, cancerígenos, nem sempre consegue se munir de documentos assecuratórios da natureza insalubre da ocupação profissional.

Com efeito, a deficiência de provas do alegado direito não constitui óbice ao acesso à ordem jurídica justa, valor fundamental de realização da verdadeira igualdade material, na atual plataforma constitucional democrática.

O fato de o trabalhador hipossuficiente não reunir documentos certificadores do exercício de condições insalubres não o impede de questionar seu direito à aposentadoria especial na instância jurisdicional, dada a dimensão social do Estado resgatada pela nova ordem jurídica.

Para tanto, haverá necessidade de mudança de paradigma, com a revisitação das teorias do processo, das provas e da fundamentação.

O processo deve funcionar como instrumento de efetivação discursiva e de construção participada do provimento jurisdicional pelos seus reais destinatários. Trata-se do devido processo constitucional, recinto de garantia dos princípios institutivos do contraditório, ampla defesa e isonomia.

O julgador, por outro lado, deve abandonar os preceitos conservadores da escola instrumentalista, da condição de mero espectador, e assumir postura mais ativa na condução da causa, especialmente o juiz previdenciarista, o qual lida com benefícios de caráter alimentar.

Esse conservadorismo faz com que certos julgadores imponham rigor excessivo na análise fático-probatória e um ônus assimétrico às partes nas querelas levadas à sua apreciação, em nome de uma “certeza absoluta”, comprometendo a garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional e a expectativa do novo aplicador da norma.

Contudo, esquecem-se tais intérpretes que o ordenamento jurídico contempla pontos

de partida fundamentais que contribuem na condução de um juízo sobre o mérito, quais sejam: os indícios, as presunções e as máximas de experiência.

O indício não é considerado prova, mas serve para demonstrar de forma indireta a afirmação do fato direto; as presunções partem da ideia de que o conhecimento de determinado fato pode ser induzido pela verificação de um outro, ao qual normalmente o primeiro está associado; as regras de experiência devem incidir sobre os indícios, na formação das presunções, como resultado de um processo mental lógico e, sobre as presunções, na formação do juízo sobre o mérito. São relativas ao conhecimento do juiz em sentido universal, inserido na experiência, e que assim não decorrem do caso concreto ou dos fatos.

A regra do ônus da prova constitui outro aspecto fundamental no convencimento judicial, nas hipóteses em que se discute o direito à aposentadoria especial. Revisitada pela chamada teoria dos modelos de constatação, mencionada regra será voltada ao aplicador moderno da norma, na tentativa de redução da subjetividade inerente ao seu livre convencimento motivado.

São as propostas das teorias sueca, de Per Olof Ekelöf, e alemã, de Gerhard Walter. Para a sueca, a regra do ônus probatório assume pouca importância no contexto processual, tanto como mecanismo de distribuição entre as partes quanto como regra de juízo, mas funciona como uma espécie de “régua” que apontaria a parte vencedora a partir de um critério de “verossimilhança preponderante”, ou posição mais próxima da verdade. Para a teoria alemã é concebido um modelo de constatação único, que poderia ser reduzido em casos de difícil solução, em decorrência da exigência do próprio direito material discutido.

Cuida-se de modelos de constatação cíveis puramente racionais, baseados em juízo de probabilidade, o qual acata a veracidade de determinada versão em detrimento de outra.

A jurisprudência nacional vem incorporando referidos modelos em seus julgados, os quais, somados às presunções, aos indícios e às máximas de experiência, são perfeitamente acomodados ao atual paradigma processual constitucional relacionado ao direito fundamental de acesso à jurisdição.

O juiz legalista encontra-se conectado, ainda, à noção de reconstrução dos fatos no processo instrumental. Ou seja, ele somente se convence da certeza (verdade) dos fatos mediante um arcabouço probatório consistente produzido no corpo do instrumento utilizado para a pacificação dos conflitos.

Respalado, assim, na concepção clássica de prova, como o meio para formar seu livre

“convencimento”, o destino das partes fica ao exclusivo critério do julgador, o qual definirá o vencedor da demanda a partir da valoração subjetiva que fizer do caderno probatório.

Nesse sentido, a prova pericial, prevista dos artigos 420 ao 439 do Código de Processo Civil, advém da necessidade de demonstração no feito de conhecimentos específicos que vão além do exigido pelo homem médio. Trata-se de meio produzido por profissional legalmente habilitado com o escopo de auxiliar o juízo na solução da controvérsia.

O juiz legalista prefere a realização de perícia direta em detrimento da indireta, sob o argumento de que a prova direta se afigura apta a retratar a realidade vivida pelo trabalhador, ao passo que a prova indireta não apresenta a mesma característica.

Ocorre que a doutrina processual moderna trabalha com um novo conceito de prova; a prova assume agora a função de “peça de argumentação no diálogo judicial”, visando a construção da verdade.

Partindo-se, então, da ideia de que a verdade é construída em mútua colaboração das partes envolvidas no devido processo constitucionalizado, em atitude argumentativa que desenvolva um debate crítico e testificador, com respeito às garantias constitucionais do processo e do princípio da reserva legal, revela-se falsa a noção de que a prova pericial, por si só, possui a aptidão de explicitar as “verdadeiras condições insalubres” pelas quais passaram os trabalhadores do setor calçadista.

Isso porque a prova (tanto direta quanto indireta), isoladamente considerada, não se mostra apta a revelar verdade alguma dos fatos, a qual deve ser construída legitimamente pelos participantes em franca colaboração (não em conflitualidade), em bases discursivas e em procedimento processualizado pelo *due process* democrático; a “descoberta da verdade” pela prova produzida na atual estrutura normativa do procedimento se afigura incompatível com a ciência processual contemporânea, pois a prova não é o axioma da verdade e provar não quer significar a demonstração da verdade dos fatos discutidos, mas determiná-los, fixá-los e esclarecê-los formalmente.

Essa a missão do novo intérprete: a de transformador social, cumpridor de um constitucionalismo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Da dialética à lógica**. São Paulo: Nova Cultural, 1999, 313 p. (Os pensadores).

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União** n. 191-A, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 mai. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 dez. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm>. Acesso em: 19 mai. 2014.

BRASIL. CLT (1943). Consolidação das Leis do Trabalho. **Vade Mecum Compacto**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 865.

BRASIL. Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 mai. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm>. Acesso em: 20 dez. 2013.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 18 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Previdenciário. Omissão inexistente. Devido enfrentamento das questões recursais. Processo: 1.397.415. Rel. Min. Humberto Martins. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Tributário. Contribuição para o custeio do SAT. Financiamento da aposentadoria especial. Constitucionalidade do art. 22, II, da Lei 8.212/91, com redação da Lei 9.732/98. Agravo improvido. Processo: 809496. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 31 jan. 2011.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Súmula n. 198. Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em regulamento. **Diário de Justiça**, Brasília, 2 dez. 1985. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/75/TFR/198.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2014.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COSTA, Fabrício Veiga. **(Im)Possibilidade jurídica de utilização de provas ilícitas no processo civil**. Disponível em: <http://ead10.virtual.pucminas.br/moodle/pluginfile.php/32002/mod_resource/content/1/~0846085.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2013.

DEMO, Roberto Luis Luchi. A atividade especial para efeito de aposentadoria no regime geral de previdência social: atualidades, sucessão legislativa e jurisprudência dominante. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Rio Grande do Sul, edição n. 16, fev. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao055/Fabio_Pereira.html>. Acesso em: 07 jan. 2014.

DEUD, Cláudia Augusta Ferreira. **Legislação relativa à aposentadoria especial**. Estudo da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, jun. 2005. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. Salvador: Editora Podivm, 2008, v. 2.

DONADON, João. **O benefício de aposentadoria especial aos segurados do regime geral de previdência social que trabalham sujeitos a agentes nocivos – origem, evolução e perspectivas**: Fundação Coordenação de Projetos, Pesquisas e Estudos Tecnológicos – COPPETEC. 2003. 94f. Monografia (Especialização) - Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Programa de Pós-Graduação em Gestão Previdenciária. Disponível em: <<http://www1.previdencia.gov.br/docs/pdf/textosestudo02.pdf>>. Acesso em: 8 jan. 2014.

FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, 169 p.

FREUDENTHAL, Sergio Pardal. A aposentadoria especial e o vigor dos decretos. **Revista de Previdência Social**, São Paulo, Ano 36, n. 384, p. 894, nov. 2012.

FREUDENTHAL, Sergio Pardal. Aposentadoria especial ainda existe. Especial para a **Revista do Advogado** (AASP) n. 80, nov. 2004, em homenagem ao Prof. Anníbal Fernandes. Disponível em: <<http://www.pardaladvocacia.com.br/site/html/content/artigos/Detail.aspx?id=25&pag=1>>. Acesso em: 7 fev. 2014.

GAGNO, Luciano Picoli. O rigor excessivo no juízo probatório cível e sua incompatibilidade com o direito fundamental de acesso à justiça e a teoria dos modelos de constatação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 226, p. 83-93, dez. 2013.

GIACOMO, Oberto. **L'administration judiciaire de la preuve dans le procès civil italien**. In: Revue internationale de droit comparé, v. 50, n. 3, p. 779-805, jul./set. 1998. Disponível em: <http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1998_num_50_3_977>. Acesso em: 1º mar. 2014.

GRECO, Leonardo. O conceito de provas. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Rio de Janeiro, Ano IV, n. 4 e Ano V, n. 5, p. 231, 2003/2004.

HOLTZ, Maria Luiza Marins. **Os sapatos e os sapateiros**. 16 set. 2009. Disponível em: <<http://www.mh.etc.br/blog/relacoes-humanas/os-sapateiros-e-os-sapatos>>. Acesso em: 5 fev. 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 10. ed., São Paulo: LTr, 2012.

LOURENÇO, Edvânia Ângela de Souza. **Na trilha da saúde do trabalhador: a experiência de Franca/SP**. 2009. 426f. Dissertação (Doutorado) - Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP), Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Franca. Disponível em: <<http://www.franca.unesp.br/Home/Pos-graduacao/ServicoSocial/edvania.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2014.

MALATIAN, Teresa. **Memórias de sapateiros**. Disponível em: <<http://www.acervodigital.unesp.br/bitstream/123456789/46191/1/01d21t08.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2014

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

MORAES, Denise Maria Rodríguez. A dinamização da regra de distribuição do ônus da prova como instrumento de busca da verdade e de efetivação da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 226, p. 61-68, dez. 2013.

MUSEU do sapato de Portugal. 25 nov. 2012. Disponível em: <http://museuvc.ctcp.pt/museuvc.aspop=1&id_ms=24&id_mp=4>. Acesso em 5 fev. 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

PANTALEÃO, Sérgio Ferreira. **EPI - Equipamento de Proteção Individual - não basta fornecer é preciso fiscalizar**. 2010. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/epi.htm>>. Acesso em: 3 fev. 2014.

PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Verdade e finalidade da prova. **Revista de Processo**, São

Paulo, v. 213, ano 37, p. 161-187, nov. 2012.

PERON, Hildo Nicolau. Coisa julgada trabalhista: limitações de eficácia no âmbito previdenciário. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Rio Grande do Sul, p. 2, fev. 2005.

Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao055/Fabio_Pereira.html>. Acesso em: 07 jan. 2014.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de direito**, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal Regional Federal 5ª Região. Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço. Pleito de revisão da RMI. Alegação de omissão do INSS em considerar salários de contribuições (competências de 11 e 12/91, do ano de 1992 e de outubro e novembro/93). Omissão que foi objeto de revisão administrativa pelo INSS. Alegação do segurado que possui direito à aposentadoria especial em razão de ter exercido o posto de marinheiro de convés na marinha mercante. posto que não garante o direito à contagem privilegiada (para os fins de aposentadoria especial) do tempo de trabalho. Decreto n. 53.831, de 25 de março de 1964, que garante a contagem privilegiada no caso de marítimo de convés de máquinas. Atividade do segurado que não se enquadra na previsão normativa. Segurado que percebia adicional de insalubridade. Situação que não resulta em contagem privilegiada. Adicional de insalubridade que segue regras trabalhistas, que são diversas das regras do direito previdenciário. Apelação improvida. Sentença mantida. Apelação civil: 204493. Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti. **Diário da Justiça**, Natal, 20 dez. 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. Previdenciário. Aposentadoria especial. Atividade especial. Agente nocivo ruído. Equipamentos de proteção individual. Conversão do labor comum em atividade especial. Lei n.9.032/95. Concessão. Honorários advocatícios. Apelação cível: 50142725320104047100. Rel. Taís Schilling Ferraz. **Diário da Justiça Eletrônico**, Porto Alegre, 20 mar. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região. Valor fixado para efeito de integração do salário-alimentação. Regras de experiência comum. Princípios do livre convencimento e da persuasão racional. Pela aplicação das regras de experiência comum. Recurso ordinário: 12332320105040009. Rel. Denise Pacheco. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, 17 mai. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. Apelação/reexame necessário: 5008267-60.2011.404.7009/PR, Rel. Maria Isabel Pezzi Klein. **Diário da Justiça Eletrônico**, Porto Alegre, 03 set. 2013.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Da prova pericial**. Disponível em:

<http://www.jfrn.gov.br/institucional/biblioteca/doutrina/doutrina245_DaProvaPericial.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2014.

RUBIN, Fernando. **Teoria geral da prova: do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade**. Disponível em:

<http://www.lex.com.br/doutrina_24117222_teorias_gerais_da_prova_do_conceito_de_prova_aos_modelos_de_constatacao_da_verdade.aspx>. Acesso em: 28 fev. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal 3ª Região. Previdenciário. Reconhecimento de período de trabalho prestado sob condições especiais. Conversão de tempo comum em especial. Aposentadoria especial. Apelação cível: 29070, Processo: 93.03.029070-4, Rel. Des. Fed. Vera Jucovsky. **Diário da Justiça Eletrônico**, São Paulo, 16 mar. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal 3ª Região. Constitucionalidade do Seguro de Acidentes do Trabalho (SAT). Ação de mandado de segurança: 0049536-28.1999.4.03.6100, Rel. Juíza Conv. Louise Filgueiras. **Diário da Justiça Eletrônico**, São Paulo, 30 jul. 2012.

SÃO PAULO, Tribunal Regional Federal 3ª Região. Laudo pericial inábil a demonstrar efetiva exposição do autor a agentes químicos orgânicos no desempenho da atividade laboral habitual. Apelação cível: 14419 0014419-69.2006.4.03.9999, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta. **Diário da Justiça Eletrônico**, São Paulo, 29 abr. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal 3ª Região. Apelação/ reexame necessário: 0054086-91.2008.4.03.9999, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta. **Diário da Justiça Eletrônico**, São Paulo, 10 fev. 2014.

SAVARIS, Antonio José. **Direito Processual Previdenciário**. 4. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?** Jul. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em: 4 fev. 2014.

TRENTO, Simone. Os *standards* e o ônus da prova: suas relações e causas de variação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 226, p. 163-170, dez. 2013.

VELLOSO, Andrei Pitten. A contribuição acidentária (SAT/RAT) e o polêmico FAP. ago. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao037/andrei_velloso.html>. Acesso em: 19 dez. 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.